



الجمعية العالمية للقضايا السعودية

سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثالث عشر

ويحتوي على (٥) ملخصات

شوال ١٤٣٧ هـ



المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجمعية العلمية القضائية السعودية



سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثالث عشر

ويحتوي على (٥) ملخصات

شوال ١٤٣٧ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ملفصات الأبحاث القضائية
(الصف الثالث عشر)

مختبرات البحث

يضم هذا العدد من السلسلة عدد (E) من ملخصات الأبحاث وهي:

- العلم اليقيني بالقرار الإداري ١٧
 - إعداد: يوسف بن خلف المطيري
 - إشراف: د. خالد بن خليل الظاهر
 - العام الجامعي: ١٤٣٠ - ١٤٣١هـ
- الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية ٨٥
 - إعداد: محمد بن عبد العزيز الخيزري
 - إشراف: د. ناصر بن محمد الجوفان
 - العام الجامعي: ١٤٢٤-١٤٢٥هـ
- المساواة بين المتنافسين في العقود الإدارية ١٧١
 - إعداد: أحمد بن عبد الله الناصر
 - إشراف: د. خالد بن خليل الظاهر
 - العام الجامعي: ١٤٣٠ / ١٤٢٩هـ
- امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري ٢٤٣
 - إعداد: سعد بن عثمان الماضي
 - إشراف: د. هاني بن علي الطهراوي
 - العام الجامعي: ١٤٣٠-١٤٣١هـ
- تعويض الإدارة عن المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية ٣٣١
 - إعداد: حمود بن دخيل اللحيان
 - إشراف: د. خالد خليل الظاهر
 - العام الجامعي: ١٤٢٩ - ١٤٣٠ هـ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو العدد الثالث عشر من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية ، والتي حرصنا
فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسمي (السياسة الشرعية
، والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها تسهيلاً للانتفاع بها
وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة في التلخيص منها حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد
المختص و الباحث والقارئ.

وقد وصل عدد البحوث الملخصة في الأعداد السابقة (٧٩) بحثاً ملخصاً.
أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازهِ بجميع
مراحله على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يحقق فيه الأجر والنفع
للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل ، ومن بادروا
بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. آمين آمين آمين.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

رؤيتنا

جمعية رائدة محليا وعالميا في مجال القضاء.

رسالتنا

جمعية علمية قضائية سعودية رائدة تستهدف التميز في تقديم الاستشارات والدورات والدراسات والبحوث العلمية التطبيقية في المجالات القضائية من خلال أنشطتها ومشاريعها مع بناء علاقات إيجابية.

أهدافنا

1. تقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته وأبرز جوانب العدالة فيه، والإجابة عن ما يثار حوله من شبهات.
2. العناية بالتراث القضائي الإسلامي تحقيقا ودراسة ونشرا ورصدا، بما في ذلك الرسائل العلمية في الأقضية وما يتعلق بها.
3. دراسة ماله علاقة بالقضاء من النوازل والحوادث والقضايا المعاصرة.
4. تقديم المشورة العلمية في مجال التخصص.
5. التنسيق بين المتخصصين من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.
6. تيسير تبادل النتاج العلمي في مجال اهتمامات الجمعية بين الجهات والأفراد ذوي الاهتمام داخل المملكة وخارجها.
7. تطوير الأداء العلمي والعملية لأعضاء الجمعية.
8. تحقيق التواصل العلمي بين أعضاء الجمعية.
9. المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية.
10. تدعيم مفاهيم ومبادئ الاستقلال القضائي، وسيادة الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، والأخلاقيات المهنية والأداء القضائي، وتيسير ممارسة الأفراد لحق التقاضي، وتوعيتهم بمبادئ وأداء مرفق القضاء.
11. نقل العلوم والمهارات القضائية في المملكة إلى العالم للتعريف بها.

قائمة بأسماء البحوث المرفوعة في الأعوام السابقة

م	المخلص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
١	الحكمة العليا في نظام القضاء	الأول	عثمان بن صالح السبيعي	د.رضا متولي وهدان	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٢	الاحتصاص المكاني في رفع الدعوى	الأول	بندر بن عبد العزيز العرفج	د.ناصر بن محمد الجوفان	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
٣	حصانة القاضي	الأول	سلمان بن فوزان الفوزان	د.محمود حجازي	١٤٢٩هـ
٤	الصلح القضائي وتطبيقاته في المحاكم السعودية	الأول	عبد الله بن سعد القحطاني	د. يوسف بن عبد الله الشيلي	١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ
٥	السوابق القضائية	الأول	شيخين بن محمد العبدلي	د. خالد الوديناني	١٤٢٦هـ - ١٤٢٧هـ
٦	إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية	الأول	منصور بن محمد الهندي	د. فيصل الرميان	١٤٢٤هـ - ١٤٢٥هـ
٧	الطعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات	الأول	صالح بن عبد الله المحسين	د. عارف العلي	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٨	أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية	الأول	عبد الله بن حمود الغفيص	د. ناصر بن محمد الجوفان	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٩	أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية	الأول	نايف بن سعد الشنيقي	د. خالد العجلان	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
١٠	ولاية كاتب العدل في توثيق العقود	الأول	فيصل بن عبد الرحمن العصفور	د. عبد الكريم الصايغ	١٤٢٨هـ
١١	المنع من السفر	الأول	إسحاق بن إبراهيم الحصين	د. فيصل الرميان	١٤٢٨هـ - ١٤٢٩هـ
١٢	الحبس التعويضي	الأول	عبد السلام بن سليمان الصنع	د. يوسف الخضير	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
١٣	جريمة تعاطي المخدرات وعقوبتها	الأول	لوي بن عبد الله الخليوي	د. سعود بن محمد البشر	١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ

١٤	إشراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات القضائية	الأول	إبراهيم بن يحيى الجهمي	أ.د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي	--
١٥	المحكم في نظام التحكيم السعودي	الأول	إبراهيم بن صالح الأطرم	د. ناصر الجوفان	--
١٦	الإدخال والتدخل في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	محمد بن علي الدوسري	د. ناصر الجوفان	--
١٧	أحكام جريمة المعاكسة في النظام السعودي	الثاني	محمد بن رزق الله بن محمد السلمي	أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي	--
١٨	تعدد درجات التقاضي	الثاني	ضاحي بن علي بن سعود العثمان	د. عارف بن صالح العلي	--
١٩	الخبير ندبه ومسؤولياته وحقوقه في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	عبدالرحمن بن عبدالإله الدوسري	د. حمزة بوستان حمزة	--
٢٠	دعوى الإعسار في الفقه والنظام السعودي	الثاني	عبدالرحيم بن إبراهيم العثيف	د. ناصر بن محمد الجوفان	--
٢١	حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية	الثاني	حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري	د. سعود بن محمد البشر	--
٢٢	إثبات جرائم تقنية المعلومات	الثاني	حسن بن رجب بن حسن الزهراني	د. رضامتولي وهدان	--
٢٣	الإثبات الرقمي	الثاني	عبدالله بن صالح اللحيدان	د. عبدالرحمن السند	--
٢٤	أحكام التظهير التأميني	الثاني	فارس بن لاحق بن مزيد السلمي	د. رضامتولي وهدان	--
٢٥	أحكام رأس مال الشركة المساهمة	الثاني	عبدالرحمن بن محسن بن عبدالرحمن المحيسن	د. رضامتولي وهدان	--
٢٦	الجريمة الصحفية وعقوبتها	الثاني	مهدي بن عماش سليمان الشمري	د. يوسف الخضري	--

٢٧	مواعيد إجراءات الإثبات في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	عبدالرحمن بن حمد بن إبراهيم الخنيدل	د. فيصل بن زميان الرميان	--
٢٨	تحريك القضاء للدعوى الجنائية في الفقه والنظام	الثالث	مشعل بن زايد بن مفوز الشمري	أ. د. مدني عبد الرحمن تاج الدين	١٤٣١- ١٤٣٢هـ
٢٩	الأحكام الفقهية لخدمات المكاتب العقارية	الثالث	زياد بن عبدالمحسن بن محمد العجيان	أ. د. خالد بن زيد الوذيانسي	١٤٢٨هـ
٣٠	البريد الإلكتروني ضوابطه، وحيثه	الثالث	عبدالله بن سعد الربيك	أ. د. عبدالرحمن بن عداهلل السند	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣١	المساهمة في الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالاعتداء الشخصي	الثالث	أشرف بن عبدالله الضوحي	د. رضا الملاح	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٢	لمسؤولية الجنائية في الجرائم العالمية تجاه القضاء	الثالث	سليمان بن إبراهيم بن عبد الرحمن الفعيم	د. علي بن راشد الديبان	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٣	الستر في الجرائم	الرابع	علي بن عبد العزيز بن علي الرومي	د. عبد الكرم الصايغ	١٤٢٨هـ
٣٤	ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة قضاء تنفيذ	الرابع	عبد الله بن عبد العزيز الشنوي	د. فيصل الرميان	١٤٢٧- ١٤٢٨هـ
٣٥	قضاء التنفيذ	الرابع	يوسف بن عبد الرحمن البديوي	د. ناصر بن محمد الجوفان	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٦	الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية	الرابع	عبد العزيز بن عبد الله المقبل	د. صالح اللحيان	١٤٢٤هـ
٣٧	سلطة الدولة في إبعاد الأجانب	الرابع	ماجد بن أحمد أبو زهير	د. سعود البشر	١٤٣٢- ١٤٣٣هـ
٣٨	أحكام بيع المزايمة في الفقه الإسلامي	الخامس	خالد بن عبدالعزيز السعيد	د. عبدالله بن منصور الغفيل	
٣٩	أحكام إصدار الأوامر القضائية	الخامس	مساعدة بن محمد بن مبارك الجوفان	د. فيصل بن رميان الرميان	

٤٠	الاستيقاف	الخامس	نواف بن عبدالرحمن السويلمي العتري	د. هاني الطهراوي
٤١	تصرفات القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية	الخامس	إبراهيم بن محمد بن عبدالله الفالح	أ.د / عبدالرحمن بن سلامة المزين
٤٢	خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري	الخامس	أحمد بن محمد الجوير	د. خالد بن خليل الظاهر
٤٣	نظام الأئمة والمؤذنين	السادس	عبد العزيز بن حمود الفوزان	د. فيصل الرميان
٤٤	أحكام التظلم الإداري	السادس	فارس بن أحمد الشهري	د. فيصل الرميان
٤٥	أحكام المحاصة	السادس	سامي بن مسعد المطيري	د. سعد بن عمر الخراشي
٤٦	احتصام الغير في نظام المرافعات الشرعية	السادس	عبد العزيز بن سليمان العيد	د. ناصر الجوفان
٤٧	القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها	السادس	عبد العزيز بن محمد عبد الباقي	د. يوسف الشيبي
٤٨	السببية الجنائية	السابع	عبد الله بن محمد عبد الله الرشود	د. رضا بن متولي وهدان
٤٩	آثار القدرة على دفع الجناية وتطبيقاتها القضائية	السابع	عبد الله بن سعد الدوسري	د. يوسف بن عبد الله الشيبي
٥٠	العاهات النفسية وأثرها في المسؤولية الجنائية	السابع	خالد بن سليمان الحمد الخويس	أ.د. سعود بن محمد البشر
٥١	أحكام جريمة الاتفاق الجنائي	السابع	عثمان بن سعدي بن خليف الشمري	د. رضا متولي وهدان
٥٢	أحكام جريمة الكسب غير المشروع	السابع	ماجد بن محمد القشيري الشهري	د. يوسف الخضير

١٤٢٦-١٤٢٥هـ	أ.د. محمد الحسيني الشعراوي	عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان	الثامن	التحقيق الإداري	٥٣
١٤٢٣هـ	د. محمد مصباحي	عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان	الثامن	الدفع الإداري وتطبيقها القضائية من محاكم ديوان المظالم	٥٤
١٤٢٨- ١٤٢٧هـ	د. خالد بن تحليل الظاهر	نجي بن أحمد بن محمد عبيد	الثامن	القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية	٥٥
١٤٢٥هـ	د.عبد الكريم الصايغ	عبد اللطيف بن عوض محمد القرني	الثامن	العرف الإداري وتطبيقاته في نظام الإداري السعودي	٥٦
١٤٢٤- ١٤٢٥هـ	د. ناصر بن محمد الجوفان	فهد بن عبد العزيز البيحي	التاسع	الدفع في نظام المرافعات الشرعية	٥٧
١٤٢٤هـ	د. ناصر بن محمد الجوفان	داود بن محمد بن عبد الله بن دواد	التاسع	العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية	٥٨
١٤٢٥هـ	د. عبد الكريم الصايغ	عبد الرحمن بن عبد الله الرومي	التاسع	البيانات الشكلية وعيوبها في السند الأمر	٥٩
١٤٢٧-١٤٢٦	د.عبد الكريم الصايغ	عبد اللطيف بن عوض محمد القرني		القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقها المعاصرة	٦٠
١٤٢٣-١٤٢٤ هـ	د. عبد الله السلمي	محمد بن سالم المري	التاسع	القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوارضه وموانعه	٦١
١٤٢٤- ١٤٢٥هـ	د. ناصر بن	محمد بن عبد العزيز	التاسع	المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية	٦٢

	محمد الجوفان	الحضري			
٦٣	أحكام الشركات المهنية	التاسع	منصور بن تركي المطيري	د. يوسف الحضير	١٤٢٣هـ
٦٤	التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة	العاشر	ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح	د. عبد الكريم الصايغ	١٤٢٧هـ
٦٥	التحكيم بواسطة الإنترنت	العاشر	نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد	د. وليد التويجري	١٤٣٠هـ
٦٦	القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان	العاشر	يحيى بن حمد بن بطي النعيمي	د. خالد بن زيد الوديناني	١٤٢٤هـ
٦٧	حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات	العاشر	عبد الله بن عبد العزیز الفحام	د. فيصل الرميان	١٤٣٠هـ
٦٨	الشرط المتقدم على العقد	العدد الحادي عشر	أحمد بن عبدالعزيز شبيب	عبدالعزیز آل الشيخ	١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ
٦٩	تحويل الملكية العامة إلى الخاصة	العدد الحادي عشر	بندر بن سعد العريفي	سعود بن محمد البشير	١٤٢٥هـ ١٤٢٦هـ
٧٠	فسخ العقد التجاري	العدد الحادي عشر	فهد بن عبدالله العبيدي	د. يوسف الحضير	١٤٢٣هـ ١٤٢٤هـ
٧١	ملكية الوحدات العقارية	العدد الحادي عشر	ماجد بن عبد الله المشوح	د. سعود البشير	١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ
٧٢	التدابير الاحترازية	العدد الثاني عشر	محمد بن عبد الرحمن المهنا	د. محمد الحسيني	١٤٢٣هـ ١٤٢٤هـ
٧٣	تنفيذ الأحكام الإدارية	العدد الثاني عشر	وليد بن محمد الصمعيان	د. رضا متولي وهدان	١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ

١٤٣٠هـ	د. سليمان التركي	عبد المجيد بن محمد الصالح	العدد الثاني عشر	ضوابط الحكم بالعرف المصري	٧٤
١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ	د. حمزة بستان حمزة	راشد بن شهيل القعود	العدد الثاني عشر	فهم النصوص	٧٥

ملخص بحث

العلم اليقيني بالقرار الإداري

إعداد

ياسر بن خلف المطيري

إشراف

د. خالد بن خليل الظاهر

1431/ 1430 هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) 147

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) 130

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) 56

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث : وتشتمل على المقدمة، وتمهيد، وثلاثة فصول، وخاتمة :

المقدمة: وتشتمل على :

- ١ - التعريف بالموضوع .
- ٢ - أهمية الموضوع .
- ٣ - أسباب اختيار الموضوع .
- ٤ - مشكلة البحث .
- ٥ - تساؤلات البحث .
- ٦ - أهداف البحث .
- ٧ - الدراسات السابقة .
- ٨ - منهج البحث .
- ٩ - تقسيمات البحث .

الفصل التمهيدي : التعريف بمصطلحات الموضوع، وفيه أربعة

مباحث.

- المبحث الأول : مفهوم العلم في الفقه والنظام .
- المبحث الثاني : مفهوم اليقين في الفقه والنظام .
- المبحث الثالث : مفهوم القرار الإداري.
- المطلب الأول :تعريف القرار الإداري وأنواعه.
- المطلب الثاني : شروط القرار الإداري.
- المطلب الثالث : أركان القرار الإداري.
- المطلب الرابع :آثار القرار الإداري ونهايته.
- المبحث الرابع : مدلول العلم اليقيني بالقرار الإداري .
- الفصل الأول : نفاذ القرار الإداري ووسائل العلم به.
- المبحث الأول : نفاذ القرار الإداري وسريانه في الفقه الإسلامي .
- المطلب الأول : القرار الإداري في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : نفاذ القرار الإداري في الفقه الإسلامي.
- المبحث الثاني : نفاذ القرار الإداري وسريانه في النظام .
- المطلب الأول: نفاذ القرار الإداري وسريانه في حقّ الإدارة .
- المطلب الثاني : نفاذ القرار الإداري وسريانه في حقّ الأفراد .

المبحث الثالث : وسائل العلم بالقرار الإداري .

المطلب الأول : الإعلان.

المطلب الثاني : النشر.

الفصل الثاني : نشأة العلم اليقيني كوسيلة من وسائل العلم

بالقرار .

المبحث الأول : نشأة العلم اليقيني وتطوره .

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من العلم اليقيني .

المبحث الثالث : موقف الأنظمة الوضعية من العلم اليقيني .

المبحث الرابع : الاتجاه المنكر للعلم اليقيني بالقرار .

المبحث الخامس : الاتجاه المؤيد للعلم اليقيني بالقرار .

المبحث السادس : موقف ديوان المظالم في المملكة العربية

السعودية .

الفصل الثالث : العلم اليقيني وكيفية إثباته:

المبحث الأول : شروط تطبيق العلم اليقيني .

المبحث الثاني : موانع تطبيق العلم اليقيني .

المبحث الثالث : إثبات العلم اليقيني .

المبحث الرابع : العلم اليقيني بين الإبقاء والإلغاء .

- الخاتمة

الفصل التهديدي

المبحث الأول : مفهوم العلم في الفقه والنظام .

العلم في لغة العرب (نقيض الجهل) ، وهو إدراك الشيء على ما هو عليه إدراكاً جازماً .

وأما المراد بالعلم في الفقه فهو: (العلم الشرعي)

وأما إطلاق العلم في الأنظمة الوضعية وعند الشراح (شراح الأنظمة)، فلم أقف فيما أعلم إلا على معنيين للعلم هما :

الأول : فهم الواقع ومقتضياته قبل إرادة وضع القاعدة القانونية، وهذا المعنى يتناوله الشراح عند الحديث عن أساس القانون.

الثاني : افتراض فهم المكلف لأحكام القانون.

المبحث الثاني : مفهوم اليقين في الفقه والنظام العلم بالأشياء مراتب كالاتي :

١ - الوهم : تصوّر الشيء مع احتمال ضد راجح.

٢ - الشك : تصوّر الشيء مع احتمال ضد مساوٍ.

٣ - الظن : تصوُّر الشئ مع احتمال ضد مرجوح.

٤ - العلم : العلم بالشئ مع احتمال معرفته على حقيقته.

٥ - اليقين : وهو درجة من العلم والمعرفة لا يتطرق إليها الشك.

وخالصة القول في اليقين أنه : درجة من درجات العلم لاتقبل الشك .

وفي الفقه الإسلامي نجد الفقهاء ينصُّون على قاعدة من القواعد الفقهية الكلية الكبرى، وهي قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) ، وهي من الأصول الشرعية وعليها مدار الكثير من الأحكام الفقهية

وأما في الأنظمة الوضعية المعاصرة فمعنى اليقين : العلم الذي لاشك معه.

المبحث الثالث : مفهوم القرار الإداري

المطلب الأول : تعريف القرار الإداري وشروطه

أولاً : تعريف القرار الإداري لقد أحسن المنظم السعودي حين تَرَكَ للفقه والقضاء تعريف القرار الإداري وقد نصَّت المادة : (١٣) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم : (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ على أنه : " ١- يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي :

أ-

ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو

الشأن متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو عيب في السبب ، أو مخالفة للنظم واللوائح ، أو الخطأ في

تطبيقها أو تأويلها ، أو إساءة استعمال السلطة ، بما في ذلك القرارات التأديبية ، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها ، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح ."

ولقد ذهب ديوان المظالم إلى أن : (القرار الإداري يتم بمجرد إفصاح الإدارة عن إدارتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون جائزاً وممكنًا نظاماً ، وبهذه الأركان يتوافر وجود القرار الإداري سواء كان الأثر المقصود به فورياً أو كان تنفيذه متراجحاً لوقت لاحق ، فذلك لا يؤثر في وجود القرار وفي وجوب تنفيذه في الوقت المحدد لذلك) . مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات الديوان ولجان في المدة من ١٣٩٧ هـ حتى ١٣٩٩ هـ ، الصادرة عن ديوان المظالم إدارة تصنيف ونشر الأحكام ، قرار رقم ١٣٩٨/٤/٣ هـ في القضية رقم ٢٣/ق لعام ١٣٩٨ هـ ، وكذلك قرار رقم ٦٨/٦ لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١/٤٧٩/ق لعام ١٤٠٠ هـ مجموعة أحكام الديوان ص ٢٩١ وما بعدها .

كما ذهب ديوان المظالم في حكم آخر إلى أن : ((ومن حيث أن التعريف الاصطلاحي المستقر عليه في القضاء الإداري للقرار الإداري هو أنه إفصاح للجهة المختصة - في الشكل الذي سيطلبه النظام - عن إدارتها الملزمة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد أثر نظامي معين كلما كان ذلك ممكناً وجائزاً نظاماً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة، ومتى كان الأمر

على هذا الوجه فإن الدعوى بتكليفها النظامي الصحيح تكون من اختصاص ديوان المظالم ، عملاً بنصّ الفقرة : (ب) من المادة رقم : (١/٨) من نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم : (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ ، والخاص بالدعاوى المقدّمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية)) - حكم هيئة تدقيق القضايا ، الدائرة الثالثة ، رقم ٣١٤/ت/٣ لعام ١٤٠٩ هـ في القضية رقم ٣/٦٤/ق لعام ١٤٠٧ هـ ، بتاريخ ١٠/٢٦/١٤٠٩ هـ : (حكم غير منشور).

وفي حكم آخر ذهب ديوان المظالم إلى أن ... في ضوء أن القرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة عن إدارتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث مركز نظامي مُعيّن ابتغاء تحقيق مصلحة عامة- حكم هيئة التدقيق الدائرة الثالثة رقم ٥٦/ت/٣ لعام ١٤٠٨ هـ في القضية رقم ٤/١٢١/ق لعام ١٤٠٤ هـ بتاريخ ٤/٢٩/١٤٠٨ هـ : (حكم غير منشور).

إلا أن تعريف ديوان المظالم للقرارات الإدارية لم يخلو من سهام النقد الموجهة إلى هذا التعريف فقد أخذ على هذا التعريف الآتي :

١- أدّى تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري إلى الخلط بين وجود القرار وصحته.

٢- أدّى تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري إلى استبعاد القرارات الإدارية الضمنية .

٣ - أدّى تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري إلى استبعاد القرارات التي تصدر عن بعض أشخاص القانون الخاص .

٤ - أدّى تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري إلى أنه لا يشمل القرارات

الصادرة استناداً للنظام الأساسي للحكم .

وعلى هدى ما تقدّم ، فإن تعريف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح لا يشمل القرارات التي تصدر استناداً إلى نصّ في النظام الأساسي للحكم ولعلّ أهمية هذه الملاحظة تتجلى بوضوح أكثر إذا أخذنا في الاعتبار إن النظام الأساسي للحكم أورد نصوصاً تتعلّق بالاختصاصات التنفيذية لمجلس الوزراء . النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم ١٣/١ وتاريخ ١٤١٤/٣/٣ هـ المرجع السابق ص ٣١ .

٥ - تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري لا يشمل القرارات التي تُؤدّي إلى تعديل أو إلغاء مركز نظامي مُعيّن .

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بأنه : ((افصاح الإدارة المختصّة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين و اللوائح ، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني مُعيّن يكون مُمكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة . طعن ٣٤١٣ لسنة ٣٣ ق في ١٩٨٨/١١/٢٦ - المجموعة - : (نقصد بالمجموعة في إشارات الأحكام إصدارات المكتب الفني بمجلس الدولة وإصدارات نقابة المحامين من السنة ٣٢ ق حتى السنة ٣٤ ق ، السنة ٣٤ ج ١ - بند ٢٧ - ص ١٩١ . ومن خلال تعريف ديوان المظالم والمحكمة الإدارية المصرية للقرار الإداري يمكن أن نتبيّن شروط القرار الإداري وأركانها .

ثانياً : شروط القرار الإداري .

١ - صدور القرار من سلطة إدارية عامة

- ٢- صدور القرار من جهة إدارية وطنية
 ٣- يجب أن يتضمن القرار الإداري عملاً قانونياً
 ٤- أن يكون القرار الإداري قابل بطبيعته للتنفيذ
 ٤- أن يكون القرار صادر بالإرادة المنفردة لمصدره ، دون اعتداد برضا المخاطبين .

المطلب الثاني : أركان القرار الإداري طبقاً لنص المادة : (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم الجديد بأن المحاكم الإدارية تختص بالفصل: "ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو عيب في السبب ، أو مخالفة للنظم واللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، أو إساءة استعمال السلطة ، بما في ذلك القرارات التأديبية ، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها ، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح ."

وذهب ديوان المظالم إلى أن : ((القرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث مركز نظامي معين ابتغاء تحقيق مصلحة عامة . قرار رقم : (٣/ت/٥٦) لعام ١٤٠٨ هـ ، في القضية رقم : (١٢١/٤/ق) لعام ١٤٠٤ هـ بتاريخ ١٤٠٨/٤/٢٩ هـ : (حكم غير منشور)

وقد أفصح ديوان المظالم صراحة عن ركن السبب على اعتبار أنه ركن من أركان القرار الإداري ، حيث ذهب إلى أن من صحّة القرار الإداري الشكل والسبب والاختصاص وصحّة الإجراء وإذا اختل أحدهما أصبح القرار معيباً . ومن سلامة القرار أن يكون سببه موجوداً ثابتاً قبل الموظف بحيث يثبت أنه قد ارتكب الفعل المنسوب إليه وأن يكون هذا الفعل خاضعاً للوصف بأنه خطأ وظيفي . قرار هيئة تدقيق القضايا رقم : (٣/ت/١٣٨) لعام ١٤٠٨ هـ في القضية رقم : (١٥/٤/ق) لعام ١٤٠٨ هـ بتاريخ ١٣/١٠/١٤٠٨ م : (حكم غير منشور) .

وقد نصّ هذا الحكم على اعتبار السبب ركن من أركان القرار الإداري . من خلال ما سبق يتبين لنا أركان القرار الإداري وهي : ركن الاختصاص - ركن الشكل - ركن المحلّ - ركن السبب - ركن الغاية .
 أولاً : ركن الاختصاص يُقصد بالاختصاص بأنه : السُلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها مُتخذ القرار في إصدار قراره من النواحي النوعية والزمنية والمكانية .

ويأخذ ركن الاختصاص ثلاث صور هي :

- ١- الاختصاص الموضوعي .
- ٢- الاختصاص المكاني .
- ٣- الاختصاص الزماني .

١- الاختصاص الموضوعي. ويتعلق بفئات المسائل التي تُصدر القرارات بشأنها، فإذا أُصدر قراراً يخرج عن إطار هذه الفئات أو الاختصاصات فإن قرارته في تلك الحالة تكون معيبة وباطلة ويجوز الطعن فيها بعدم الاختصاص وعدم الاختصاص إذا كان جسيماً فإنه يعتبر اغتصاباً للسلطة، ومثل هذا القرار لا يعتدّ به ولا ينتج أثر قانوني لأنه ليس بقرار إداري ويُستثنى من ذلك حالة الموظف الفعلي .

أمّا إذا كان عدم الاختصاص بسيطاً ، فإنه لا يعدم القرار الإداري كما في حالة اعتصاب السلطة وإنما يجعله قابلاً للبطلان إذا ما طعن عليه من ذوي الشأن.

والحالات التي تُصيب القرار الإداري بعيب عدم الاختصاص الموضوعي هي :

- اعتداء سلطة إدارية عليا على اختصاص سلطة إدارية أدنى .
- اعتداء سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة إدارية عليا .
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى موازية لها في نفس المستوى الإداري.
- اعتداء جهة الإدارة المركزية على اختصاص الإدارة اللا مركزية أو العكس .

٢- الاختصاص المكاني : ويعني الرقعة الإقليمية التي ينحصر فيها دور الإدارة لمباشرة نشاطها ، أي مزوالة الموظف العمومي لاختصاصاته داخل

الحدود الجغرافية المحددة قانوناً وحسب تقسيم الجهاز الإداري إلى الإدارة المركزية واللامركزية ، وعادة ما تُدار الدولة بكلا الأسلوبين معاً وطبقاً لأسلوب الإدارة المركزية يُمارس رجال الإدارة اختصاصاتهم على كل إقليم الدولة، وطبقاً لأسلوب الإدارة اللامركزية يمنح رجال الإدارة اختصاصاً في حدود إقليم مُعيّن.

٣- الاختصاص الزمني: ومعناه تقيّد كل جهة إدارية في مباشرة اختصاصاتها الموضوعية والمكانية سالفه البيان بمدّة ولايتها أي بالفترة الزمنية التي تقع بين تاريخ بدء هذه الولاية وتاريخ إنشائها.

فإذا صدر القرار قبل أو بعد هذه المدّة كان معيباً بعيب عدم الاختصاص .
ثانياً **ركن الشكل:** يُقصد بالشكل الصورة التي يظهر بها القرار والإجراءات الواجب اتّباعها في إصداره ويجب أن يصدر القرار بالشكل الذي حدّده القانون كما يجب أن يتّبع في إصداره الخطوات والإجراءات المنصوص عليها قانوناً ، فإذا خالف الشكل أو الإجراءات فإنه يعتبر معيباً ، ويكون قابلاً للطعن فيه بالبطلان لعدم توافر ركن الشكل

ديوان المظالم حيث قرر في أحد القضايا أنه : (ومن حيث أنه من المقرّر أن الإدارة غير مقيدة بشكل في الإفصاح عن إرادتها ما لم يأمرها النظام باتّباع شكل معين في إصدار قراراتها ... ففي هذه الحالة تلتزم باتّباع الشكل) .
قرار رقم ١/٤/١٣٩٧ هـ ، قضية رقم ٢٦٤/ق- لعام ١٣٩٧ هـ مجموعة مبادئ الشرعية ، لديوان المظالم ، ص ٢٦٩ .

وتهدف الشكليات إلى حماية كل من المصلحة العامة والخاصة على السواء :
 - أمّا المصلحة العامة المستهدفة من شكل القرار فهي ضمان حُسن سير
 الإدارة.

- وأمّا المصلحة الخاصة المقصودة من شكل القرار فهما حماية حقوق
 وحرّيات الأفراد.

ثالثاً : ركن الخلل: محل القرار الإداري هو الذي يميّزه عن العمل المادي
 الذي يكون محله دائماً مُتمثلاً في نتيجة مادية أو واقعية وإذا ترتّب على
 العمل المادي أثر نظامي بطريقة غير مباشرة ، فإن هذه الآثار مرجعها إلى
 النصوص النظامية أو اللائحة لا إلى العمل المادي ذاته .

ويجب أن يكون محل القرار مشروع حتى لا يكون القرار مشوباً بعيب
 مخالفة القانون بأن يكون محلّ القرار الإداري جائز ومُمكن نظاماً.

رابعاً : ركن السبب

السبب عبارة عن إشارة تبدو لرجل الإدارة ، فتبيّن له أنه لا مانع لديه
 من مباشرة سلطاته إذا ما توافرت الشروط الأخرى

والمفروض في كلّ قرار إداري ، حتى ولو صدر خلواً من ذكر أسبابه أن
 يكون في الواقع مستنداً إلى دواع قامت لدى الإدارة حين إصدارته ، وإلا
 كان القرار باطلاً لفقدانه ركن أساساً هو سبب وجوده ومبرر إصداره .

والإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرارات الإدارية التي تُصدرها إلا إذا
 تطلب النظام ذكرها ، ففي هذه الحالة لا بد من تضمين القرار السبب في

إصداره ، وإلا فإنه يكون معيباً لعدم ذكر سببه والحكمة من ذلك الرقابة على أعمال الإدارة والتأكد من التزامها جانب الشرعية .

خامساً : ركن الغاية هي الهدف النهائي الذي يريد مُصدر القرار الوصول إليه أو هي النتيجة الأخيرة المطلوب تحقيقها .

والغاية كركن من أركان القرار الإداري تمثل الحد الخارجي للسلطة التقديرية حيث يتعين على الجهة الإدارية في جميع الأحوال أن تستهدف من وراء قراراتها المصلحة العامة ، سواء كانت المصلحة العامة بالمعنى الواسع أو الهدف الخاص المحدد للقرار الإداري من بين أوجه المصلحة العامة المختلفة ، وفقاً لقواعد تخصيص الأهداف .

والعيب الذي يتعلّق بالغاية من القرار الإداري هو عيب الانحراف بالسلطة وعلى سبيل المثال تنوع الغايات التي تُخالف القانون والمصلحة العامة وإن كان يجمعها جميعاً أنها تكون صادرة بغرض شخص سواء كانت بهدف الانتظام الشخصي أو لتحقيق هدف سياسي أو لتحقيق نفع شخصي .

المطلب الثالث : أنواع القرار الإداري

أولاً : من حيث المدى والعموم والتجريد تنقسم إلى :

١- قرارات تنظيمية أو لائحية .

٢- قرارات فردية .

ثانياً : من حيث الأثر الذاتي للقرار تنقسم إلى :

١- قرارات منشئة .

٢- قرارات كاشفة .

أولاً : تقسيم القرارات الإدارية من حيث المدى والعموم والتجريد :

١- القرارات التنظيمية أو اللائحية : - وهي القرارات التي تتضمن قاعدة عامة مجردة تتعلق بعموم الأفراد ولا تختصّ بفرد واحد بذاته.

وهي بذلك قابلة للتطبيق على أي حالة أو شخص توافر لديه شروط انطباق القرار حالاً ومستقبلاً بغض النظر عن عدد الخاضعين لهذا القرار . وعلى ذلك فهناك فرق بين القرار التنظيمي : (اللائحة) والقانوني يتمثل فيما يلي: ١- اللائحة تصدر عن السلطة التنفيذية فهي بمثابة قراراً إداري في حين أن القانون يصدر عن السلطة التنظيمية أي عن البرلمان .

٢- تشتمل اللائحة على تفاصيل أكثر من القانون .

٣- يجب ألا تُخالف اللائحة نصوص القانون ، كما لا يجوز لها أن تلغي أو تُعدّل نصاً تضمنه القانون .

٤- لا يكون للائحة صفة الثبات والدوام التي للقانون ، فهي عرضة للإلغاء أو التعديل من السُّلطة التنفيذية بينما القانون له صفة الدوام نسبياً بطبيعته .

٥- يجوز الطعن في اللائحة بالإلغاء أمام القضاء الإداري بعدم شرعيتها : (ديوان المظالم) ويكون لقاضيها إغائها إذا ثبت مخالفتها لأحكام القانون ،

كما يجوز للطاعنين الدفع ببطلان اللائحة إذا طلب من القضاء تطبيقها في النزاع المعروض أمامه .

٦- السُّلطة الإدارية في إصدار اللائحة وتضمينها قواعد عامة مجردة تمس حقوق وحرّيات الأفراد مُقيّدة ومُحدّدة بنصوص الدستور والقوانين المنظّمة لها في حين أن سلطة الهيئة التشريعية في إصدار القوانين واسعة. وللقرارات التنظيمية أو اللائحية أنواع منها :

١- اللائحة التنفيذية : وهي التي تُصدرها السلطة التنفيذية مُتضمّنة قواعد قانونية تفصيلية لتلك القواعد التي أوردتها القانون ومُكمّلة لها لكي يتيسر تنفيذ القانون .

٢- اللائحة التنظيمية : تصدر اللائحة التنظيمية من السُّلطة الإدارية بهدف تنظيم المرافق العامة فهي تصدر مُتضمّنة قواعد تشغيل أحد المرافق العامة مستقلّة عن تنفيذ أحد القوانين .

مثال ذلك لائحة تغيّر الأحكام الشرعية الصادرة بموجب الموافقة السامية رقم ٣٦ ٢٤٨ في ٢٩/١٠/١٣٨٦ هـ موسوعة الأنظمة واللوائح والتعليمات الصادرة عن وزارة العمل عام ١٤٠٠ هـ ، الفصل الثاني ، ص ٣ ..

٣- لوائح الضبط : بعد الحفاظ على النّظام العام بأركانه الثلاثة : (الأمن العام - السكنية العامة - الصّحة العامة) من مسؤوليات السُّلطة الإدارية ، القيام بهذه المسؤولية يجوز لها أن تُصدر لوائح ضبط لا تتصل بالقانون ولا تصدر لتنفيذ جزاءات لمن يُخالفها مثل الحبس والغرامات أو المصادرة ،

ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح الاشتراطات الصحيّة للمواد الغذائية ، والجهة الإدارية المختصة بإصدار لوائح الضبط في المملكة هي مجلس الوزراء . مطلب النقية ، نظام مجلس الوزراء ، الرياض ، مطبوعات جامعة الملك سعود ، ص ٥٧ حيث أوردت فيه صلاحيات مجلس الوزراء وجاء في البند ٦ من هذه الصلاحيات والاختصاصات ويصدر لوائح الضبط .

٤- لوائح الضرورة : قد تحدث ظروف طارئة استثنائية تستلزم من السُلطة الإدارية التدخل بإصدار لوائح تُعرف حينئذٍ بلوائح الضرورة ، وتتميّز تلك عن سواها من اللوائح بإمكانية اشتغالها على قواعد مقيّدة ، لحقوق الأفراد.

٥- اللوائح التفويضية : وهي تتشابه مع القوانين العادية من حيث موضوعها وقوّتها ، فهي لا تعدو أن تكون بمثابة قوانين ، وإن كانت صادرة عن السُلطة التنفيذية وليس عن السُلطة التشريعية ، وتستطيع اللوائح التفويضية إلغاء أو تعديل قانون ، لأن لها قوّة القانون.

وبالرغم مما لذلك اللوائح من قوة القانون إلا أنّها تبقى من حيث الشكل والمصدر لوائح جائز الطعن عليها أمام القضاء الإداري لسبب من أسباب الطعن في القرار الإداري .

٢- القرارات الفردية والتنظيمية : القرارات الفردية هي التي تتضمن أمراً أو ترخيصاً بقرار حقوق أو واجبات أفراد مُعيّنين بذواتهم وأسمائهم وهي

بهذا تختلف عن القرارات التنظيمية التي تتضمن قاعدة عامة مجردة تُخاطب المكلفين بما بصفاتهم لا بذواتهم وأسمائهم .

وترجع أهمية التفرقة بين القرارات التنظيمية والفردية إلى اختلاف بعض الأحكام حسب طبيعة كلٍّ منهما ويتمثل ذلك فيما يلي :

١- من هذه الأحكام ما يتعلّق ببدء سريان القرار في حقّ الأفراد ، فالقرار الفردي يُنفذ في حقّ الفرد من تاريخ إعلانه به بينما يسري القرار التنظيمي من تاريخ نشره ، وذلك كقاعدة عامة .

٢- ومنها ما يتعلّق بإمكان إلغاء القرار الإداري ، فاللائحة يُمكن دائماً إلغاؤها دون جواز الاحتجاج بالحقوق المكتسبة ، أمّا القرارات الفردية فلا يجوز إلغاؤها إلا في الأحوال التي يُحددها القانون .

٣- قد يُعلّق تطبيق القانون على صدور القرارات اللائحية اللازمة لتنفيذه وليس الأمر كذلك بالنسبة للقرارات الفردية .

٤- اعترفت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية للمحاكم العادية بحقّ تفسير القرارات التنظيمية ، بل وبتقدير مشروعيتها عند نظر المواد الجزائية : (الجنائية) وذلك دون القرارات الفردية

٥- يجوز الدفع بعدم المشروعية أمام القاضي الإداري دائماً وفي أي وقت إذا وجّه الدفع ضد قرارات تنظيمية ، بمناسبة إصدار بعض القرارات الفردية تطبيقاً له ، أمّا بالنسبة للقرار الفردي فإن الدفع بعدم المشروعية لا يكون إلا خلال الستين يوماً التي يجوز الطعن فيها ضد القرار.

ثانياً : تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها القانوني إلى قرارات منشئة وأخرى كاشفة :

والقرار المنشئ ذلك الذي يرتب بذاته أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين ، سواء كان هذا المركز عاماً أو خاصاً ، وغالبية القرارات الإدارية من هذا النوع ، أمّا القرار الكاشف فهو : ذلك الذي يقتصر دوره على مجرد تقرير أو تأكيد مركز قانوني أقامه القانون من قبل ، وذلك كالقرار الصادر بإحالة موظف للتقاعد أو المعاش بعد بلوغ السن القانونية .

وتتمثل أهمية التفرقة بين القرارات المنشئة والكاشفة فيما يلي :

١- القرار المنشئ ليس له أثر رجعي ، ما لم يُقرّر القانون خلاف ذلك استثناءً أمّا القرار الكاشف فله أثر رجعي يمتدّ إلى تاريخ قيام المركز القانوني الذي يكشف عنه .

٢- القرار المنشئ لا يجوز سحبه إلا خلال ميعاد الطعن القضائي أمّا القرار الكاشف فيجوز سحبه دون التقيد بميعاد معين ، وذلك بطبيعة الحال بشرط أن يكون القرار غير مشروع في الحالتين

٣- القرار المنشئ لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء - كقاعدة عامة - إلا خلال المدّة المقرّرة قانونياً لذلك ، أمّا القرار الكاشف فيمكن مخاصمته قضائياً دون التقيد بميعاد .

ثالثاً : من حيث أثر القرار الإداري في مواجهة الأفراد تنقسم إلى: هناك

نوع من القرارات تقتصر آثاره على الإدارة وحدها مثل التعليمية والمنشورات التي يصدرها الرؤساء في المصالح الإدارية لمؤسسيهم.

- ١- وهذه القرارات لا تُوجّه إليها دعوى الإلغاء لا من الأفراد باعتبارهم أنّها لا تخاطبهم ، ولا من الموظفين لأنهم ملزمون بتنفيذ أوامر الرؤساء .
- ٢- قرارات تمس المراكز النظامية للأفراد ، ومن الممكن أن تُوجّه إليها دعوى الإلغاء.

رابعاً: وتنقسم القرارات الإدارية من حيث القابلية للطعن عليها امام القضاء.

- ١- هناك قرارات يُمكن رفع دعوى الإلغاء بشأنها أمام القضاء الإداري.
- ٢- هناك قرارات لا تقبل الدعاوى ضدها ولا التطلّعات مثل أعمال السيادة.

المبحث الرابع : مدلول العلم اليقيني بالقرار الإداري.

لمتأمل فيما كتبه الشراح في تفسير مصطلح العلم اليقيني نجد أن بعضهم يطلقونه على جميع وسائل شهر القرار الإداري.

وهذا القول في نظري له وجه من الصحة إذ أن العلم اليقيني بالقرار الإداري يتحقق عن طريق وجود قرائن وأدلة يُقرّر القضاء كفايتها لتحقيق ما يُحقّقه النشر و الإعلام من العلم القاطع بمضمون القرار ومحتوياته، وهذا العلم يفتح مهلة الطعن ويبدأ في السريان متى ثبت بطريقة أو بأخرى أن صاحب المصلحة قد توافر له العلم بالقرار .

ويعرّفه البعض بأنه : "وصول القرار إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة من غير طريق الإدارة" والعلم اليقيني كواقعة يسري بتحقيقها ميعاد الطعن بالإلغاء، أمر لم يرد بشأنه نصّ نظامي، وإنما هو من ابتداء القضاء الإداري.

وخلاصة القول في ذلك أن المعوّل عليه في العلم بالقرار أن تتوافر لصاحب الشأن وسيلة من الوسائل التي تكفل له العلم اليقيني بالقرار الإداري .

الفصل الأول

نفاذ القرار الإداري ووسائل العلم به .

المبحث الأول : نفاذ القرار الإداري وسريانه في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول : القرار الإداري في الفقه الإسلامي .

كان القرار الإداري عند المسلمين يُستخدم كوسيلة للتعيين في الوظيفة العامة كما كان يُستخدم كذلك لإفنائها وذلك عن طريق الإعفاء من الوظيفة حيث يجب صدور قرار إداري في صورة رسالة من الخليفة أو الوالي للتعيين أو الإعفاء.

وطالما كان القرار الإداري وسيلة للتولية في الإسلام ، كان لازماً لصدوره أن يشتمل على العناصر الأساسية لأركان القرار الإداري من حيث الاختصاص والمحَلّ والسبب والغاية والشكل ، وهذه الأركان هي ما يجب أن تتوافر في أي قرار إداري أيّاً كانت مناسبة إصداره أو هدفه .

كانت الدولة الإسلامية تُقسّم الوظائف لأربع أقسام:

أولاً: الولاية العامة: ويُقصد بها تلك الولاية التي تكون في جميع الأعمال من غير تخصيص عمل معين.

ثانياً : الولاية الخاصة في أعمال عامة : وتُعرَّف هذه الولاية بـ (عموم النظر وخصوص العمل) ..

ثالثاً : مَنْ تكون ولايته عامة في الأعمال الخاصة وتُعرَّف هذه الولاية بـ (عموم العمل وخصوص النظر) ، وهذه الولاية عكس الولاية السابقة، فالاختصاص النوعي مُحدَّد، أمَّا الاختصاص المكاني فغير مُعيَّن، بحيث يسري العمل في جميع الأماكن.

رابعاً : مَنْ تكون ولايته خاصة في أعمال خاصة وتُعرَّف هذه الولاية بـ (خصوص العمل وخصوص النظر) ، فالاختصاص النوعي والمكاني مُحدَّد بوظيفة مُعيَّنة في بلدة مُعيَّنة.

ويشترط لصحة قرار التولية أن يقوم على أمرين :

أولهما : نوع العمل الذي يقوم به المُوَلَّى.

ثانياً : المكان الذي عقدت الولاية عليه .

ولابد أن يكون سبب القرار الإداري مشروعاً لدفع مَنْ بيده السلطة تقليد مَنْ هو أهل لذلك، بل يشترط بعض فقهاء المسلمين علاوة على ذلك إحاطة مَنْ صدر له قرار التولية بسبب ولايته .

أمَّا عن غاية القرار الإداري فلا بد وأن تكون المصلحة العامة هي الباعث على الاختيار وبالتالي إذا صدر القرار مُستهدفاً غايات أخرى غير المصلحة

العامّة بطل قرار التولية، وكان يصدر القرار من أجل قرابة أو صداقة أو مودة أو أي أمر آخر .

و لا يشترط في القرار الإداري صدوره في شكل معيّن فمن الممكن أن يصدر كتابة كما يجوز أن يكون شفاهة، المهم أن يكون هناك ما يفيد صدوره.

والفيصل في الكتابة وعدمها هو القرب أو البعد عن مكان التولية

المطلب الثاني : نفاذ القرار الإداري في الفقه الإسلامي

من المتفق عليه في الأنظمة الوضعية أن وسائل العلم بالقرار الإداري وسريانه ثلاثة طرق نصّت النظم الوضعية على طريقتين للعلم بالقرار، وهما النشر والإعلان أمّا الطريقة الثالثة وهي موضوع بحثنا فقد اختلّف فيها .

وقد عرّف الفقهاء المسلمون الثلاث طرق، وذلك من خلال سيرة النبي صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين وفي فترة ازدهار الدولة الإسلامية .

ونفاذ القرار وعلايته في الفقه الإسلامي كان يُعرف تحت ما أطلقوا عليه (إشاعة التقليد) التي كانت تُعدّ أمراً لازماً لنفاذ قرار التولية في مواجهة المخاطب به أو الكافة بوجه عام،

وهذا يعني أن قرار التولية ينفصل عن علانيته ، فتحلُّف العلانية لا يطل قرار التولية، وإنما يحول دون سريانه في حقّ الأفراد، ومن ثم لا يلزم الأفراد بالطاعة والامتثال لأوامر من صدر له القرار إلا بعد شَهْره وإعلانه.

وكانت طريقة العلانية تختلف حسب ما إذا كان القرار مكتوباً أو غير مكتوب، ويتمّ قراءة كتابة التولية في المسجد إذا صدر القرار، خاصّة في البلاد البعيدة عن مقرّ ولي الأمر، ويُعدّ هذا الفعل وهو القراءة وتلاوة القرار على الكافة نشر للقرار الإداري .

ونفاذ القرار الإداري وسريانه في الدولة الإسلامية كان يسود عليه طابع وقتي من حيث كيفية صدوره وطبيعته فكان الاعتماد يقوم على أساس التبليغ المباشر بما يكفل إثبات ذلك سواء بطريقة الكتابة أو غيرها.

المبحث الثاني : نفاذ القرار الإداري وسريانه في النظام

المطلب الأول : نفاذ القرار الإداري وسريانه في حق الإدارة

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية تُعتبر نافذة من تاريخ صدورها إذا كانت مجردة، أما إذا اقترنت بشرط يُعلّق نفاذها فإنه يجب اعتبار ذلك الشرط والقول بعدم نفاذ القرار الإداري حتى يتحقق ذلك الشرط.

ويشترط بوجه عام أن تكون الغاية من تعليق القرار الإداري على شرط معين تحقيق المصلحة العامة .

ولأينفد القرار الإداري المعلق على شرط إلا إذا تحقّق الشرط الذي علّق عليه . غير أن هذا الشرط كما سبق وذكرنا يجب أن يكون مشروعاً، فإذا لم يكن كذلك بطل الشرط وبقي القرار سليماً مُنتجاً لآثاره، ما لم يكن الشرط غير مشروع هو الدافع الرئيسي للقرار . وتلك مسألة موضوعية تُترك لتقدير القاضي .

والأصل أن يكون للشرط - سواء فاسخاً أو واقفاً أثر رجعي، فلا يبدأ سريان القرار إلا من وقت تحقيق الشرط.

(نفاذ وسريان قرارات مجلس الوزراء في حقّ الإدارة) وقرارات مجلس الوزراء عادة ماتصدر على نوعين:

أما النوع الأول : القرارات التي يتوقف نفاذها على إصدارها بمرسوم ملكي . هذه القرارات هي الأنظمة التي تُقابل القوانين التي تُصدّر من قبل السلطة التشريعية . ولا تُعدّ هذه الأنظمة قرارات إدارية وإنما هي في حقيقتها نُظْم قانونية تُنظّم جانب معيّن من المسائل القانونية وهذه النُظْم والقوانين يجب نشرها ولا تصحّ نافذة إلا من تاريخ النشر أو من التاريخ الذي يُحدّده كل نظام على حده ، ويجب النشر في الجريدة الرسمية، ومثل هذه النُظْم والقوانين ((المرسوم الملكي رقم ٩ بتاريخ ١١/٢/١٣٩١هـ — بشأن نظام ديوان المراقبة العامة)) ؛ حيث نصّ في هذا النظام عند نشره في الجريدة الرسمية أن يعمل به من تاريخ نشره . وأيضاً مثل هذه النُظْم والقوانين: ((المرسوم الملكي رقم ٥ بتاريخ ١٤/٤/١٤٠٠هـ ، المعدّل لنظام وظائف مباشرة الأموال العامة ويعمل بهذا النظام من اليوم التالي لتاريخ النشر كما جاء فيه، ومن أمثلة هذه النُظْم أيضاً (المرسوم الملكي رقم ١٢ بتاريخ ١٢/٥/١٣٨٣هـ ، الخاص بنظام المقاطعات ، ونصّ في هذا النظام على أن يعمل به خلال تسعة أشهر من تاريخ نشره، وعلى هذا فإن نظام مجلس الوزراء قد نصّ في المادة ٢٤ على أنه : (يجب نشر جميع المراسم في الجريدة الرسمية) ، وتكون عادة نافذة المفعول من تاريخ نشرها إلا إذا نصّ فيها على مدّة ويكون النشر عادة في الجريدة الرسمية.

أما النوع الثاني من القرارات التي يُصدّرها مجلس الوزراء والتي تكون نافذة وسارية في حق الإدارة . فهي القرارات التي لا تحتاج لإصدارها

مرسوم ملكي، وتُعتبر هذه القرارات قرارات نهائية فور صدورها من مجلس الوزراء ولا يحتاج نفاذ مثل هذه القرارات أن تُنشر في الجريدة الرسمية، وقد نصَّ على ذلك صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ١٨ من نظام مجلس الوزراء فقد نصَّت هذه المادة على أنه: ((قرارات مجلس الوزراء نهائية إلا ما يحتاج منها لاستصدار أمر أو مرسوم ملكي طبقاً لأحكام هذا النظام)، ولكن المرسوم الملكي رقم ١٤ والذي صدر بتاريخ ١٤/٧/١٣٨٣هـ— قضى بتعديل المادة السابعة من نظام مجلس الوزراء وبهذا التعديل أصبحت قرارات مجلس الوزراء التي كانت لا تحتاج في إصدارها إلى مرسوم ملكي لاتكون هذه القرارات نهائية ونافاذة إلا بعد موافقة وتصديق جلالة الملك عليها، وبعد هذا التصديق تكون هذه القرارات نهائية ونافاذة دون تعليق هذه القرارات على نشرها كما هو الحال في القرارات النظامية التي تصدر بمراسيم ملكية، والتي يجب أن يُحدّد فيها تاريخ نفاذها وسريانها داخل نظامها، وتُبلَّغ هذه القرارات بعد تصديق جلالة الملك عليها إلى المصالح الحكومية والإدارات بالطرق الإدارية كالتوجيهات والتعميمات والمنشورات إلخ ...

وقد أخذ مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية بالرأي الراجح فقهاً وقضاء في الأنظمة المقارنة حول وجود القرار الإداري، واعتبار القرار موجوداً متى تمّ التصديق على القرار من الجهة المختصة نظاماً بإصداره، وذلك في قراره رقم ٣٥٠ بتاريخ ١٨/٤/١٣٩٢هـ—، وقد صدر هذا

القرار لحسم النزاع الذي ثار بين وزارة الزراعة والمياه وديوان الخدمة المدنية ويتلخّص في أن معالي وزير الزراعة وافق على ترقية بعض موظفي وزارته على أن تستكمل إدارة شؤون الموظفين بالوزارة إفراغ هذه الموافقة في قرارات وزارية، ولكن هذه القرارات تأخّرت فلم تصدر إلا بعد صدور نظام الموظفين العام الصادر سنة ١٣٩١هـ، وبعد تعميم ديوان الموظفين العام رقم ٣/١/٢٨١ في ١٣/٨/١٣٩١هـ، والقاضي بتأجيل اتّخاذ أي قرار يتضمّن تعييناً أو ترقية أو منح علاوة دورية أو نقلاً حتى صدور اللوائح المنظّمة لذلك، وقد اعترض الديوان على هذه القرارات وطلب سحبها بحجّة أنّها لا تُعتبر موافقة معالي الوزير على الترقية؛ لأنّها لم تظهر في الشكل النظامي، إلا بعد العمل بنظام الموظفين العام رغم كونها سابقة على العمل به؛ لأن العبرة لدى الديوان هو ظهور تلك القرارات في الصيغة النظامية ثم رفع الأمر إلى مجلس الوزراء حيث قرّر إجازة ترقية الموظّف ولم ينظر لاعتراض الديوان.

ثالثاً: نفاذ القرارات اللائحية في مواجهة الإدارة إذا كانت القاعدة العامّة تقضي بأن القرارات الإدارية تُعدّ نافذة في مواجهة الإدارة. بمجرد صدورها: فإن هذا ينطبق على القرارات الفردية، وبالتالي يجوز للأفراد التمسك بمثل هذه القرارات في مواجهة الإدارة بالحقوق التي تنشأ عنها حتى قبل شَهْرها، فإن الأمر يختلف بالنسبة للقرارات الإدارية اللائحية فالقرارات اللائحية لا تكون نافذة في حقّ الأفراد على السواء، إلا بنشرها شأنها في

ذلك شأن الأنظمة، وبالتالي لايجوز للأفراد التمسك في مواجهة الإدارة بقرار لائحى لم يُنشر بعد، ولعل هذا يرجع إلى الاعتبارات العلمية الآتية :

١ - إن حسن سير الإدارة يقتضى وضع توقيت محدد ينتهي عنده التنظيم القديم ليبدأ التنظيم الجديد.

٢ - القول بجواز التمسك بلائحة لم تُنشر بعد يُؤدّي إلى نتائج لايمكن قبولها تتمثل في إمّا القول بسقوط اللائحة القديمة فوراً وصدور اللائحة الجديدة، الأمر الذي يُؤدّي إلى فراغ نظامي وتشريعي في الفترة ما بين صدور اللائحة ونشرها ، وإمّا أن يُؤدّي إلى القول ببقاء اللائحة القديمة إلى أن يتمّ نشر اللائحة الجديدة مع إجازة التمسك باللائحة الجديدة قبل نشرها، وهذا يُؤدّي إلى وجود اللائحتين في الوقت ذاته، الأولى التي يتمسك بها صاحب الشأن أولاً: يتمسك بها حسب مصلحته الخاصة، الأمر الذي يُؤدّي في النهاية إلى تطبيق اللائحة القديمة على حالات واللائحة الجديدة على حالات أخرى، وهذا يتنافى مع المنطق القانوني المجرد.

٣ - من المسلّم به فقهاً وقضاء أن الإدارة لاتستطيع الاحتجاج على الأفراد بلائحة ما إلا بعد نشرها، وبالتالي فإن المنطق يقتضى عدم جواز قبول احتجاج الأفراد على الإدارة بلائحة لاتملك هي الاحتجاج لها عليهم ؛لعدم نشرها ولا يُقاس الأمر هنا على القرارات الفردية

المطلب الثاني : نفاذ القرار الإداري وسريانه في حق الأفراد الأصل في علم الأفراد بالقرارات الإدارية يكون إما بإعلان لذوي الشأن، أو نشره طبقاً للأوضاع المقررة نظاماً .

وحيث يُعدّ الإعلان وسيلة علم للأفراد بالقرارات الإدارية الفردية ، يُعدّ أيضاً النشر وسيلة علم للأفراد بالقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية ومن الملاحظ أن نظام الإجراءات والمرافعات أمام ديوان المظالم لم يتضمن الإشارة إلى العلم اليقيني باعتباره محدّد لبدء سريان الميعاد - بدء ميعاد الطعن على القرار - واعتبارها أحد وسائل العلم المعتمدة لنفاذ القرار الإداري .

وقد ذهب بعض الفقهاء في الفقه إلى أنه لا مانع من الأخذ بنظرية العلم اليقيني في أحكام ديوان المظالم.

فالقاعدة عدم جواز تمسك الإدارة في مواجهة الأفراد بقرار لائحي وفردى قبل شَهْره، مع مراعاة أن كلمة الشَهْر تشمل الإعلان والنشر، ويترتب على تلك القاعدة النتائج الآتية :

١ - لا يُعتبر القرار الذي لم يُشهر حجة على الغير ولا ينتقص منهم حقاً أو يفرض عليهم واجباً .

٢ - إذا أشار النظام إلى قرار يصدر استناداً إليه وإلى مدّة تسري بعد

إصداره سرت هذه المدّة من تاريخ شَهْر القرار وليس من تاريخ إصداره.

٣ - إذا صدر قرار بإلغاء قرار سابق أُلغي هذا الأخير من تاريخ شَهْر القرار الثاني وليس من تاريخ صدوره وقبل الشَهْر يظلّ القرار الأول قائماً وناظراً .

٤ - إذا طُبّق القرار على فترة سابقة على شَهْره يكون تطبيقه هنا بأثر رجعي وهذا لا يجوز إلا في حالة استثنائية .

٥ - يبدأ ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخ علم الأفراد بالقرار، وليس من تاريخ صدوره هذا وهناك حالات استقرّ القضاء على التجاوز عن موضوع الشَهْر في حالات معيّنة أهمها :

أ - حالة الظروف الاستثنائية أو القاهرة.

ب - حالة تحقّق الهدف من الشَهْر

سواء تعلّق الأمر بسريان القرار الإداري ونفاذه في مواجهة الإدارة أو الأفراد فذلك لا يخرج عن القاعدة العامة للسريان الزمني للقرارات، والقاعدة الأساسية فيها أنّها ذات أثر فوري ومستقبلي حسب طبيعة ونوع وغرض القرار واستثناء قد يكون له أثر رجعي في بعض الحالات والتي استوجب النظام لها شروطاً صارمة إلى حدّ ما، فضلاً في كونه وبمساعدة من القضاء وضع لها .

حالات لم يتوسّع فيها كثيراً وتلك الحالات هي :

١ - القرارات الإدارية الرجعية بطبيعتها مثل القرارات المصحّحة والمفسّرة والمؤكّدة ومن السوابق على ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٤ في ١٣/٧/١٣٨٠هـ، وكان هذا القرار من القرارات المفسّرة.

٢ - القرارات الرجعية تنفيذاً لنصّ نظامي.

٣ - الرجعية في القرارات الإدارية تنفيذ الحكم بالإلغاء.

٤ - الرجعية في حالة سحب القرارات الإدارية.

٥ - الرجعية في قرارات التصديق.

٦ - الرجعية بسبب مستلزمات المرافق العامة.

٧ - رجعية القرارات الإدارية الإصلاح للأفراد.

٨ - رجعية القرارات الإدارية بسبب حالة الاستعجال أو

الضرورة.

هذا وكما عرّف نفاذ القرار الإداري الخروج على الأثر الفوري من خلال الأثر الرجعي فقد يكون هناك إرجاء إلى نفاذ هذا الأثر بشكل مستقبلي، وهذا متصوّر في الحالات الآتية وبالضوابط الآتية :

١ - ليس هناك ما يحول دون إرجاء آثار القرار الإداري اللاتحي

للمستقبل أمّا القرارات الفردية فلا يُمكن إصدارها قبل أو إنفا.

٢ - يُمكن تعليق القرار الإداري على شرط، وذلك مشروط بكون الشرط مشروعاً ويهدف إلى المصلحة العامة والشرط إذا كان باطلاً يكون القرار سليم مع إبطال الشرط، إلا إذا تبين أن الشرط كان هو الدافع الرئيسي لإصدار القرار فيبطل القرار أيضاً في هذه الحالة .

والشرط قد يكون واقفاً فيؤدي إلى إرجاء سريان القرار، وأن يكون فاسخاً فيؤدي إلى إنهاء آثار هذا القرار.

٣ - من الممكن إضافة نفاذ القرارات الإدارية إلى أجل وقد يكون الأجل مرتبط بوقت محدد، وقد يكون غير مرتبط بوقت محدد والأصل قد يكون واقفاً لا ينفذ الالتزام إلا بتحقيقه أو فاسخاً ويترتب عليه انقضاء الالتزام .

المبحث الثالث : وسائل العلم بالقرار الإداري

المطلب الأول: إعلان القرار الإداري

الإعلان هو وسيلة العلم بالنسبة للقرارات الفردية كقاعدة عامة ، وذلك عن طريق توجيه القرارات إلى أشخاصهم بذواتهم وليس بصفاتهم ، علماً بأن النظام لا يتطلب أسلوباً معيناً لإعلان القرارات الإدارية إلى ذوي الشأن، فقد يكون بالبريد المضمون أو بغير ذلك من وسائل تبليغ الفرد بمضمون القرار ما لم ينص القانون على طريقة بعينها للإعلان فلا تلتزم الإدارة باتباع طريقة معينة، ويجب أن يحتوي الإعلان على المضمون الكامل للقرار حتى يتضح للفرد مركزه بالنسبة له . والإعلان لا يخضع لشكل معين .

والأصل أن يصدر الإعلان من الجهة التي أصدرت القرار ، أما القرار الذي يصدر من جهة أخرى لا يكون باطلاً وليس شرطاً لإثبات معلومية الفرد بالقرار أن يصدر الإعلان من جهة معينة، وليس هناك عيب عدم اختصاص الإلحيت يكون القرار موقعاً من شخص غير مختصّ أما الموجه إليه الإعلان فيجب أن يكون صاحب الشأن نفسه أو الوكيل الرسمي أو الممثل القانوني له. وإذا رفض الموجه إليه الإعلان استلامه اعتبر كما لو كان قد استلمه من تاريخ رفضه الاستلام ، ويقع عبء إثبات حصول الإعلان على الإدارة، وعليها أن تُثبت تاريخ حصوله .

المطلب الثاني : نشر القرار الإداري نصّ نظام مجلس الوزراء السعودي
على ذلك صراحة في المادة ٢٤ منه على أنه : ((يجب نُشر جميع المراسيم
في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نُشرها إلا إذا نصّ فيها
على مدّة، ويكون النُشر عادة في الجريدة الرسمية (جريدة أم القرى) .

والنشر هو وسيلة العلم بالنسبة للقرارات التنظيمية . إذ أن هذه القرارات
تمسّ عدداً غير محدّد من الأفراد . أمّا بالنسبة للقرارات الفردية فلا يُعتدّ
بالنشر كوسيلة للعلم بها، إلا إذا نصّ القانون صراحة على ذلك

ولهذا فإن المنظم قد افترض العلم اليقين بالقرار الإداري بعد نشره بالجريدة
الرسمية أو بالنشرة التي تُصدرها الإدارة التي يعمل فيها الموظف صاحب
الشان

وإذا حدثت أخطاء مطبعية في نشر القرار، فتختلف النسخة المطبوعة عن
أصل القرار، وهنا تُفرّق بين ما إذا كان الخطأ المطبعي مُمكن تداركه
بمجرد قراءة القرار بحيث لا يُؤثر في معنى القرار، وفي هذه الحالة يُعتبر القرار
قد نُشر نشراً صحيحاً ويسري في مواجهة الكافة من تاريخ نشر النصّ
الخاطئ حتى ولو رأت الإدارة بعد ذلك تصحيح الخطأ.

أمّا إذا كان الخطأ مما يُغيّر في معنى القرار أو يدعو إلى الشكّ في المعنى
الأصلي له، فإن هذا النُشر يُعتبر كأن لم يكن ويجب على الإدارة إعادة
النشر صحيحاً - ويُعتبر النشر قد تمّ في تاريخ النشر الصحيح .

وتصح اللائحة نافذة في مواجهة الكافة بعد نشرها ومضي المدّة اللازمة للعلم بها ولا يقبل بعد ذلك العذر بالجهل بها، فيعتبر النشر قرينة قاطعة على العلم بالقرار، وذلك لاستحالة إثبات علم الناس فعلاً بالأحكام العامة أو إيصال هذه الأحكام للأشخاص فرداً فرداً. على أن هذا النشر وإن اعتبر قرينة على العلم بالقرار من الناحية الرسمية فإنه لا يكفي في الواقع لإبلاغه إلى علم الكافة .

ويُعتبر النّشر قرينة لاتقبل إثبات عدم علم أصحاب الشأن بالقرار الإداري، فلا يعذر أحد لجهله أو عدم اطلاعه على القواعد القانونية سواء وردت هذه القواعد في التشريعات العادية أو في التشريعات الفرعية وهي اللوائح أو القرارات التنظيمية

أما عن النشر في المملكة العربية السعودية فإن نظام مجلس الوزراء قد نص في المادة ٢٤ على ان : " يجب نشر جميع المراسيم في الجريدة الرسمية ، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها إلا إذا نص فيها على مدة ، ويكون النشر عادة في الجريدة الرسمية أم القرى "

أما بالنسبة للقرارات الفردية فلا يعتد بنفاذها الا من تاريخ وصول علم الافراد بها وقد نصت على ذلك صراحة المادة السابعة من نزام نزع الملكية حيث نصت على : "إذا كان لدى ضاحب الشأن اعتراض على قرار اللجنة بالتعويض فيقدم اعتراضه خلال فترة لا تزيد على ثلاثين يوماً من

تاريخ اخطاره بالقرار المذكور إلى لجنة تؤلف في وزارة العدل "

الفصل الثاني

نشأة العلم اليقيني كوسيلة من وسائل العلم بالقرار

المبحث الأول: نشأة العلم اليقيني وتطوره.

يُقصد بالعلم اليقيني بالقرار الإداري: اتّصال علم الأفراد بالقرار بطريقة مؤكدة من غير طريق الإدارة

و نظرية العلم اليقيني نظرية من صنع القضاء ولا تستند إلى نصوص تنظيمية وهي ليست قاصرة على العلم الحقيقي الواقعي الناتج عن غير الإعلان والنشر أي (التنفيذ أو الإقرار) بل تنطبق على جميع وسائل العلم.

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من العلم اليقيني

كان القرار الإداري في العصر الإسلامي القديم بمصطلحاته السابقة يُستخدم كوسيلة للتعين في الوظائف العامة ، كما أنه كان يُستخدم أيضاً لإنهاء الرابطة الوظيفية والإقالة وهذا ظاهر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين من بعده، كما أن فقهاء المسلمين عرفوا وسائل نفاذ وسريان القرار الإداري "النشر - الإعلان - العلم اليقيني"، وهذا ما كان يُطلق عليه اصطلاح "إشاعة التقليد" وكانت لازمة لسريان ونفاذ القرارات في حق المخاطب وكذا في مواجهة الكافة بهدف الطاعة والانقياد وعدم الخروج على ولي الأمر ومن ولاة الله أمر المسلمين ، فكان خطاب التولية مشتملاً على حدود إختصاصات المقلد وحدود عمله حتى يكون الناس على بينه، وعملية إصدار القرار منفصلة عن الإعلان له، فتخلف إعلان القرار لأيطله ، وإنما يحول دون سريانه في حق الأفراد ومن ثم لا يلزم الأفراد الطاعة والامتثال لأوامر من صدر القرار له إلا بعد شهّره وإعلانه ، وكانت طريقة الإعلان تختلف حسب القرار مكتوباً كان أم شفهيّاً.

وإظهار العزل والتولية أمر هام وواجب بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك ، ما لم يشترط وصول الكتاب إلى المولى ، فلا ينعزل إن كان قرار عزل إلا بالوصول إليه قطعاً، وإن حدد له وقت مُعيّن للإعلان وقرأ القرار

بنفسه أو بواسطة الغير انعزل لأن افتراض العلم بالقرار قد تحقق ، وإذا لم يصل إليه خبر العزل فلا ينعزل ، إذ لم يتحقق العلم اليقيني بقرار العزل

المبحث الثالث : موقف القضاء من نظرية العلم اليقيني

المطلب الأول : موقف القضاء المصري من نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري

مجلس الدولة المصري ما زال يأخذ بهذه النظرية ويُطبِّقها بصورة شاملة، غير أنه قيدها بشروط تتضمن الاحتفاظ بمصالح الأفراد بحيث لا يسري القرار في مواجعتهم إلا وهم يعلمون به على سبيل اليقين، كما لو كان قد أعلن إليهم حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة ١٢/٦/١٩٥٣م، المجموعة السنة ٨: ١٩١..

واشترطت المحكمة أن يثبت العلم في تاريخ معلوم ومحدد ويمكن من تاريخ العلم هذا حساب ميعاد الطعن.

ويجب أخيراً أن يكون العلم اليقيني شاملاً للقرار الإداري ومحتوياته ويجعل صاحب الشأن في حالة تسمح له بالإلمام بكل ما تجب معرفته حتى يستطيع تبين حقيقة أمره بالنسبة إلى القرار المطعون فيه، وهل مسَّ مصلحته و يتعرَّف على مواطن العيب فيه حكم المجلس الصادر في ١٢ يونية ١٩٥١م السنة الخامسة: ١٠٦٨، وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ يناير ١٩٥٦م السنة الأولى: ٤٥٦..

ويثبت العلم اليقيني: (من أية واقعة أو قرينة تُفيد حصوله دون التقيّد في

ذلك بوسيلة إثبات مُعَيَّنة، وللقضاء التحقُّق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة، وتقدير الأثر الذي يُمكن ترتيبه عليهما من حيث كفاية العلم أو قصوره.... فلا تأخذ المحكمة بهذا العلم إلا إذا توافر اقتناعها بقيام الدليل عليه، كما لا تقف عند إنكار صاحب المصلحة من تحصين القرارات الإدارية، ولا تززع المراكز القانونية التي اكتسبها أربابها بمقتضى هذه القرارات حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٤ إبريل، سنة ١٩٦٢م.

وتقتصر تطبيقات العلم اليقيني على حالتين وهما:

- أولاً: حالة إذا ما أقرّ الطاعن واعترف بالقرار الإداري صراحة..
ثانياً: حالة تنفيذ الإدارة للقرار المعيب دون سبق نشره أو إعلانه.

وذهبت المحكمة الإدارية في حكم لها إلى أن العلم اليقيني بالقرار الإداري يثبت: (من أية واقعة أو قرينة تُفيد حصوله دون التقيّد في ذلك بوسيلة إثبات مُعَيَّنة، وللقضاء الإداري في أعمال رقابته القانونية التحقُّق من قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة وتقدير الأثر الذي يُمكن أن يُرتبّه عليها من حيث كفاية العلم أو قصوره وذلك حسبما يتبيّن للمحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٥٥٨ لسنة ٧ القضائية ،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات: ١٠٤٥ .

المطلب الثاني : موقف القضاء الأردني من نظرية العلم اليقيني

والمتممّ والباحث في أحكام محكمة العدل العليا الاردنية بشأن نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري يجدها قد حذت حذو القضاء المصري، حيث أخذت محكمة العدل العليا بنظرية العلم اليقيني بصورة واسعة وشاملة مع اشتراط كوّن هذا العلم يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً بحيث يقوم مقام التبليغ والإعلان.

وتستهلّ المحكمة الاردنية أحكامها دائماً بالعبارة التي تُؤكّد أن: (العلم اليقيني بالقرار الإداري يسد مسد التبليغ والنشر) حكم محكمة العدل العليا رقم ٩٣/٣١٤، المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا، ١٩٩٣م-١٩٩٧، القسم الثالث، إعداد المكتب الفني: ١٠٧٣، والحكم رقم ٩٦/٥٣: ١١٥٣..

ولم تأخذ محكمة العدل العليا الاردنية بنظرية العلم اليقيني بتوسّع وإنّما تحفظت على تلك النظرية واشترطت عدّة شروط حتى يعتدّ بتلك النظرية حكم محكمة العدل العليا رقم ١٦٠/١٩٨٤م، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٧م: ٨٤٩.

كما اشترطت محكمة العدل العليا للأخذ بنظرية العلم اليقيني أن يكون العلم منصباً على جميع عناصر القرار الإداري، لذلك قررت: (أن مشاهدة المدعي لأعمال البناء والإنشاءات التي تقوم بها الشركة صاحبة المشروع لا

يُشكّل علماً يقينياً بالقرار المشكو منه؛ لأن العلم اليقيني الذي بيد منه التبليغ هو العلم بفحوى القرار ومضمونه.....) حكم المحكمة العدل العليا رقم ١٧٢/١٩٩٨م، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٩م: ٦٩٨..

المبحث الرابع : لاتجاه المنكر للعلم اليقيني بالقرار

ومن ذلك ما ذهب إليه الدكتور/ سليمان الطماوي حيث يقول: (الحقيقة أن فكرة العلم اليقيني من الناحية العملية محل نظر، فالعلم اليقيني عدم الفائدة

وقد تأثر هذا الاتجاه كما ذكرنا بموقف الفقه والقضاء الفرنسي الذي رفض الاعتراف بالعلم اليقيني كوسيلة للعلم بالقرار الإداري في حالات وتطبيقات كثيرة سبق الإشارة إليها في حديثنا عن تطور نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الفرنسي بحيث أصبح هذا الاتجاه هو صاحب الغلبة هناك حالياً رغم اختلاف الأحكام حول ذلك.

والذي يترجّح أن نظرية العلم اليقيني هي وليدة الحاجة والواقع العملي ، وذلك في ظل قصور النصّ النظامي ، حيث إن كَوْن النصوص القانونية وفي مختلف الأنظمة الوضعية تقتصر في النصّ على العلم بالقرار الإداري عن طريق النشر والإعلان فيه تجاهل كبير لواقع عملي ، فلا بد من إعطاء سلطة تقديرية للقاضي الإداري يتحقق من خلالها ويجتهد في تحري وصول صاحب الشأن للعلم بالقرار من غير نشره أو إعلانه .

المبحث الخامس : الاتجاه المؤيد للعلم اليقيني بالقرار الإداري

مثلما أنكر البعض فكرة العلم اليقيني بالقرار الإداري ، فقد ذهب بعض الشراح إلى الاعتماد عليها لما فيها من مرونة ومراعاة للواقع العملي ، ولذلك نجد أن القاضي الإداري أخذ بهذه الفكرة وطبّقها في كثير من الدعوى التي اعتمدت على وقائع ثبوت العلم اليقيني بالقرار الإداري

ومتى توافرت للعلم اليقيني هذه المواصفات قام مقام النشر والإعلان في جريان ميعاد الإلغاء على أن يثبت حصوله في تاريخ مُعيّن يمكن حساب الميعاد بدءاً منه.

ويرى الدكتور رأفت فودة أن دافع مجلس الدولة الفرنسي الحقيقي وراء سياسته القضائية تجاه هذه النظرية يتمثل في عدم الإبقاء على بعض الدعاوى قائمة بصورة أزلية، ومواعيدها مفتوحة إلى ما لا نهاية، فاستعان بالعلم اليقيني ليحدّ من هذه الدعاوى من حيث الكمّ حفاظاً على سير المرافق العامة وعلى استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ما يزال حتى الآن يعمل بفكرة العلم اليقيني في حدود ضيقة جداً تقتضيها المصلحة العامة نُحملها فيما يلي:

١- بدء سريان المدّة بالنسبة للإدارة العامة.

٢- بدء سريان المدّة بالنسبة لأعضاء المجالس التي تملك سلطة

إصدار قرارات.

٣- حالة تنفيذ القرارات الإدارية: وهنا يجب التفرقة بين تنفيذ هذه القرارات اختيارياً بواسطة الأفراد، وتنفيذها جبراً بواسطة الإدارة، ففي الحالة الأولى لا تثار مسألة بدء المدّة، لأن التنفيذ الاختياري - كما سنرى - يساوي قبول الأفراد للقرار ورضاهم به، وهذا يسقط حقهم في رفع دعوى الإلغاء ولكن المسألة تثار حينما تُنفذ الإدارة القرار جبراً على إرادة الأفراد

المبحث السادس : موقف ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية

قد أخذ ديوان المظالم بنظرية العلم اليقيني في أحكامه القضائية إذ أنه بإمكان القضاء أن يقرر قيام قرائن تحقق ما يُحققه النشر أو الإعلان من العلم القاطع. بمضمون القرار ومحتوياته ، إلا أن ديوان المظالم لم يُطبّق نظرية العلم اليقيني على إطلاقها وإنما اشترط - وهذا ما نلاحظه في أحكامه المتعلقة بنظرية العلم اليقيني- للأخذ بهذه النظرية أن يكون العلم اليقيني بالقرار الإداري علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً، كما اشترط أيضاً أن يحتوي هذا العلم المتحقق يقينياً على جميع عناصر القرار التي يُمكن صاحب الشأن - الطاعن - من تحديد موقفه إزاء القرار، وأن يكون هناك تاريخ مُحدّد يثبت فيه صاحب الشأن تاريخ هذا العلم حتى يُمكن من تاريخ هذا العلم حساب ميعاد الطعن على القرار.

نلاحظ من هذا أن فكرة العلم اليقيني في المملكة العربية السعودية من وضع ديوان المظالم مثلها في ذلك مثل القضاء الفرنسي والقضاء المصري فطبقاً لقرار مجلس الوزراء السعودي رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩ هـ والخاص بقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم فقد نص على وسيلة النشر والإعلان للقرارات الإدارية ولم ينصّ على وسيلة العلم اليقيني. فقد نص في المادة الثالثة منه على أنه: (.. ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر

الإبلاغ،...).

وقد ذهب البعض إلى أن ديوان المظالم قد أخذ بفكرة العلم اليقيني وذلك من خلال أحكامه.

والمأمل في الأحكام القضائية لديوان المظالم يجد أن هناك من التطبيقات ما يفيد إعمال الديوان لهذه النظرية نذكر من هذه التطبيقات ما ورد في حكم الديوان رقم (١٧/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ) في القضية رقم ١٥٤/٢/ق لعام ١٤٠٧هـ وقد ورد في هذا الحكم ما نصّه: (وبالتالي فإن مدّة..... تحسب من تاريخ علمه اليقيني..... ويتحقق هذا العلم بأي وسيلة تفيد ذلك).

ومن الأحكام القضائية الدالة على إعمال الديوان لفكرة العلم اليقيني ما جاء في الحكم الصادر من الدائرة الإدارية الرابعة عشر في المحكمة الإدارية بجدة رقم (٣٢/د/١٤/ل لعام ١٤٣١هـ) في القضية رقم /٢/ق/١٧٩ لعام ١٤٣١هـ) المقامة من (الشركة التعاونية للتأمين) ضد (لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية). حيث قدّم المدعي وكالة دعواه بالتظلم من قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية والمتضمن إلزام موكلته بدفع مبلغ (١١.٩١٠) ريال حيث قام أحدهم برفع دعوى ضد موكلته أمام لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية مطالباً بالتعويض من الإضرار التي لحقت بمركبته وفي تاريخ ٢٦/٧/١٤٣٠هـ

أصدرت لجنة الفصل في المنازعات قرارها محل الطعن بإلزام (الشركة التعاونية للتأمين) بدفع مبلغ (١١.٣٧١) ريال.

وقد جاء في أسباب الحكم: (أن المدعي يهْدُف من إقامة دعواه الطعن في قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم ١٢١/ج/١٤٣٠هـ والمحاكم الإدارية مختصة بنظر الدعوى والفصل فيها طبقاً للمادة (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ (١٩/٩/١٤٢٨هـ)..... ولما كان القرار محلّ الدعوى صدر بتاريخ ٢٦/٧/١٤٣٠هـ، وقد تقدمت المدعية بدعواها في ٥/١/١٤٣١هـ فإنها تكون قد تجاوزت المدة النظامية المنصوص عليها في المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ حيث نصّت على أنه: (فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذ تعذر الإبلاغ أو بالنسبة إلى القرارات الصادرة قبل نفاذ هذه اللائحة فتبدأ المدّة المحدّدة للتظلم فيها من تاريخ نفاذها).

وحيث إن المسلم به فقهاً وقضاً في مناط ابتداء سريان ميعاد الطعن في دعاوى إلغاء القرارات يكون بتحقق العلم بالقرار وحيث أن المقصود

بالعلم بالقرار الإداري: هو أن يعلم صاحب الشأن بالقرار الصادر علماً أكيداً وعلى وجه اليقين وليس علماً مشكوكاً فيه أو افتراضاً ولا شك في أن صدور القرار شفهيّاً بحق المدعية يجعلها على علم بالقرار علماً أكيداً مما يقتضي معه بدء احتساب مدّة الطعن من تاريخ صدور هذا القرار، ولا ينال من ذلك ما أثاره وكيل المدعية من عدم استلامها نسخة القرار إلا قبل رفعها الدعوى بعده أسابيع؛ لأن العبرة بتبليغ صاحب الشأن بالقرار الإداري وليس باستلام نسخته وقد ذهب الديوان في هذه الدعوى إلى عدم قبولها شكلاً لفوات ميعاد الطعن كما سبق، وقد أخذ في هذا الحكم بالعلم اليقيني بمضمون القرار كميعاد يبدأ منه سريان دعوى إلغاء القرار وفق ما هو منصوص عليه في النظام، وإن لم يستلم المدّعي نسخة من القرار حيث أنه صدر من اللجنة وعلمت المدعية بمضمونه.

الفصل الثالث

العلم اليقيني وكيفية إثباته

يُمكن أن نستخلص ونستنبط شروط تحقق العلم اليقيني بالقرار الإداري وهي كالتالي:

- ١- أن يحصل العلم بغير طريق النشر والإعلان.
- ٢- أن يكون العلم بالقرار الإداري علماً يقينياً لا ظنياً وافتراضياً.
- ٣- أن يكون العلم اليقيني منصباً على جميع عناصر القرار الإداري.

٤- إثبات حصول العلم في تاريخ مُعيّن.

٥- أن يسمح العلم بتحديد طريق الطعن.

الشرط الأول: أن يحصل العلم بغير طريق النشر والإعلان:

والمقصود بالنشر: اتباع الإدارة الشكليات المقررة لكي يعلم الجمهور بالقرار .

أمّا الإعلان: فالمقصود منه تبليغ ذوي الشأن بالقرار الصادر عن طريق الإدارة نفسها ، وذلك إما بالتبليغ مباشرة أو الإرسال عن طريق البريد أو

الإعلان في لوحة الاعلانات الخاصة بالجهة الإدارية أو أي وسيلة أخرى وفي هذه الحالة يقع عبء الإعلان على الإدارة مُصدرة القرار وعليها إثبات تاريخ حصوله.

أمّا عن وسائل علم صاحب الشأن بالقرار الإداري فقد يحدث هذا العلم عن طريق اجتهاد صاحب الشأن فقد يكون العلم بمسعى فردي منه كأن يكون قد اطلع على القرار مصادفة قبل أن تُبلّغه الإدارة أو قبل نشره، أو أن يكون قد علم بوجود القرار ومضمونه عن طريق شخص آخر أو يكون قد قام بتنفيذه فعلاً بعد علمه به. وقد يحدث هذا العلم أيضاً إذا قامت الإدارة باتخاذ إجراء في مواجهة صاحب الشأن لتنفيذ القرار قبل تبليغه. ففي مثل هذه الحالات وغيرها يتحقّق العلم بالنسبة لصاحب الشأن ، غير أن هذا العلم لا يكون علماً يقينياً إلا إذا ظهر دليل أو وقعت واقعة، أو ظهرت قرينة تدل على علمه بالقرار، فقد يتقدّم صاحب الشأن بتظلم ضد القرار ، وقد يقوم بتنفيذ القرار من جانبه تنفيذاً مادياً، فيعدّ هذا التنفيذ قرينة على علمه به.

ويُقصد بتعبير (العلم اليقيني) تحديداً العلم عن طريق القرائن والأدلة التي يُقرّر القضاء كفايتها لأن تُحقّق ذات ما يُحقّقه النشر أو الإعلان من العلم القاطع بمضمون القرار ومحتوياته.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم ٤٦٥ لسنة ٢٧ ق - ١٨٨٦/٢/٤م: المجموعة - السنة ٣١ - ج١ - بند ١٤١: ١٠٥٤.

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية أيضاً في حكم لها إلى أن: (أن تحقق العلم بالقرار بأي وسيلة كانت يجب أن ينصب على القرار النهائي المنشئ للمركز القانوني وليس على مجرد أعمال تحضيرية له قضية ٣٣١ لسنة ٦ ق - ١٢/٥/١٩٥٢م: المجموعة - السنة ٦ - بند ٣٦٧: ٩٤٧..

وقد سلم مجلس الدولة المصري بأن العلم اليقيني يقوم مقام النشر والإعلان وذلك من خلال حكمه إذ يقول: (..... جرى قضاء هذه المحكمة على اعتبار علم صاحب الشأن قائماً مقام النشر والإعلان في هذا الخصوص.....) حكم مجلس الدولة الصادر في ٢١ يونيو ١٩٥٠م السنة الرابعة: ٩٤٩..

الشرط الثاني: أن يكون العلم بالقرار الإداري علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً: يُقصد بهذا الشرط أن يكون العلم بالقرار حقيقياً ثابتاً بقيام الدليل القاطع. بحيث ينتفي الشكُّ حول علم الطاعن بفحوى القرار فلا تُبنى قرينة العلم بالقرار علماً يقينياً، على فرض احتمال العلم مهما كان هذا الاحتمال قوياً..

ولا يكاد يخلو حكم من أحكام القضاء على مثل هذا الشرط نظراً لأهميته

ولأنه يُعدّ شرطاً أساسياً لقيام نظرية العلم اليقيني ومن الأحكام الدالة على ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري بأنه: (ميعاد الستين يوماً يبدأ من تاريخ إخطار ذوي الشأن بهذه القرارات، وذلك إما بإعلانهم بها أو النشر عنها بإحدى طرق النشر المقررة في القانون حكم محكمة القضاء الإداري المصري - القضية رقم ٢٢٣- لسنة ١ ق- المجموعة السنة الثانية: ٢٤٤).

كما قضت أيضاً بأن: (العلم الذي يقوم مقام الإعلان هو العلم الحقيقي الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة تفاصيل القرار معرفة يقينية لا ظنية ولا افتراضية) حكم محكمة القضاء الإداري المصري القضية رقم ١٩٣ لسنة ١ ق المجموعة السنة الثانية: ٦٢. وما قضت به أيضاً: (يُستفاد من تجنيد المدعي علمه على وجه اليقين بالقرار المطعون فيه الصادر بتجنيده، ومثل هذا العلم يقوم مقام النشر أو الإعلان طبقاً لما استقرّ عليه قضاء هذه المحكمة فإذا لم تُرفع الدعوى في الميعاد وكان الدفع بعدم قبولها قائماً على أساس من القانون متعيّناً قبوله) محكمة القضاء الإداري المصري قضية رقم ١٣٩٩ لسنة ٥ ق، جلسة ١١/٢/١٩٥٢م، مجموعة السنة السابعة: ٧.

وعلى النقيض جرى قضاء المحاكم على رفض افتراض العلم إذا لم يثبت من خلال أوراق الدعوى علم صاحب الشأن علماً يقينياً وأكيداً لمحتويات القرار بل ثبت قيام العلم على الظن والافتراض.

ومن الأحكام الدالة على ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري حيث قضت بأنه: (وإن كان القراران المذكوران صدرتا في أغسطس سنة

١٩٤٧م ولم يقيم المدعي طلبه في شأنهما إلا في مذكرته المودعة في ٢ من يناير سنة ١٩٤٨م إلا أنه لم يثبت أن المدعي قد علم بهذين القرارين علماً يقينياً سابقاً على تاريخ تقديم طلبه هذا) محكمة القضاء الإداري المصري القضية رقم ١٢١ لسنة ٢ ق مجموعة السنة الثالثة: .

كما قضت بأنه لا يكفي لاعتبار المدعي علماً بصدر القرار الإداري بتسليم مجرد إيداع ملف المادة باعتباره مستنداً ضمن أوراق الدعوى، ولو شمل هذا الملف الأوراق المستفاد منها صدور الأمر التسليم عنه بالجريدة الرسمية ولا يُفيد العلم حتماً. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤١٧ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٣م مجموعة السنة الرابعة: ٨٠٩.

كما قضت بأنه لا عبرة بما تقوله الحكومة من أن قانون العمد لم ينصب على إعلان القرار، وأن المدعي علم به وقت صدوره كما هو ظاهر من صحيفة الدعوى؛ لأن ما جاء فيها من تفصيل للقرار المطعون فيه لا ينهض دليلاً على علم المدعي بالقرار علماً نانياً للجهالة وقت صدوره حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٣٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٤٩/٦/٢١م مجموعة السنة الثالثة: ١٠٣٧.

وقضت أيضاً بأنه: (لا وجه للتحدّي بأن المدعي لا بد أن يكون قد علم بالقرار في حينه علماً يقوم مقام الإعلان أو النشر، بحيث لا يُمكن القطع على وجه اليقين بأنه قد علم به علماً حقيقياً من تاريخ مُعَيّن يصح اعتباره مبدأ لسريان الميعاد في حقه) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٧ لسنة ٢ ق جلسة

١١/١١/١٩٤٨م مجموعة السنة الثالثة: ٣١..

وتأكيداً على معرفة صاحب الشأن بالقرار الإداري علماً يقينياً قضت محكمة القضاء الإداري بأن فوات ميعاد الطعن بعد معرفة صاحب الشأن بالقرار وعلمه به علماً يقينياً يكون سبباً في رفض دعواه وفي ذلك قضت بأنه: (إذا استبان للمحكمة من الأوراق أن راتب المدعي في الدرجة الخامسة على أن تُصرف له علاوة الترقية وقدرها وقد صرفها فعلاً فيكون علمه بالقرار ومحتوياته علماً يقينياً مستفاداً من صرفه لهذه العلاوة فكان يجب رفع دعواه والحالة هذه في غضون الستين يوماً التالية ولكنه لم يرفعها إلا بعد نيف وعام على ذلك فتكون غير مقبولة لرفعها بعد الميعاد حكمها في

القضية رقم ٦٠٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٦ مجموعة السنة الثالثة: ٥٤٠..

وللقاضي إثبات العلم اليقيني وفقاً لظروف النزاع وطبيعته وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا حكمها في الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٣٤ ف، جلسة ١٩٨٩/١/٧ مجموعة السنة ٣٤، ج: ٤١٣).

الشرط الثالث: أن يكون العلم اليقيني منصباً على جميع عناصر القرار الإداري:

يجب أن يكون العلم اليقيني شاملاً لجميع عناصر القرار الإداري وهي الإرادة والمحل والسبب، فمن حيث الإرادة يجب أن يتبين مصدر القرار والشكل الجوهرية الذي اتخذ في إصداره وتاريخ القرار ومن حيث المحل -

وهو نقل الفرد من مركزه القديم إلى مركزه الجديد - فيجب بيان ذلك بعناصره، ومن حيث السبب، يجب بيان السبب الذي من أجله صدر القرار فإن كان القرار ممَّا يجب نسيبه وجب بيان سببه .

وقد استقرَّ القضاء الإداري المصري على أن العلم اليقيني الذي يحل محل الإعلان والنشر هو الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة محتويات وعناصر القرار ، ومن أحكامه في هذا الشأن ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها لمحكمة الإدارية العليا - طعن ٢٦٣٦ لسنة ٣٣ ق، ١٩٨٨/٣/٨: المجموعة السنة ٣٣، ج ٢، بند ١٧٠: ١٠٦٧ .

وفي هذا المعنى قضت بأن: (..... لا اعتداء به ولا حلول له محلّ النشر والإعلان إلا إذا كان علماً يقينياً لا ظنياً أو افتراضياً بجميع عناصر القرار ومشمولاته. بما يُمكن صاحب الشأن تحديد مركزه القانوني من هذا القرار، فلا يكفي مجرد العلم بصدور القرار دون التمكن من معرفة محتويات مضمونه) المحكمة الإدارية العليا طعن ١٥٢٥ لسنة ٣٨ ق- ١٩٩٤/١/٢٥: الموسوعة الإدارية الحديثة - ١٩٩٣/١٩٩٧ م- ج ٤٩- قاعدة ١٥١: ٥٨٦، ٥٨٧ ..

ولأجل ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن ميعاد الطعن لا يفتح في مواجهة مَنْ لم يعلم بواقعة جوهرية لا يُمكنه تبين حقيقة مركزه إلا نتيجة العلم بها(١) حكمها في الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٠ م.

كما قضت بأن واقعة منع دخول الطاعن الشركة لا تُفيد حتماً صدور القرار بفصله فقد يكون موقوفاً عن العمل ومن ثم لا تُعدّ هذه الواقعة

في ذاتها دليلاً كافياً على علم الطاعن بقرار فصله علماً يقينياً يُمكنه من تحديد مركزه القانوني(حكما في الطعن رقم ٢٦٣٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٨م.

.كما قضت بأن المعول عليه في العلم بالقرار أن تتوافر لصاحب الشأن وسيلة من الوسائل التي تكفل له العلم اليقيني بالقرار الإداري بحيث يكون هذا العلم شاملاً لكل عناصر القرار بطريقة تمكن صاحب الشأن من معرفة حقيقة مركزه القانوني المترتب على هذا القرار(حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٦/٢/٤م في الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٢٧ ق بمجموعة السنة ٣١، ج ١: ١٠٥٤ وموسوعة المبادئ القانونية..

الشرط الرابع: إثبات حصول العلم في تاريخ معين:

وإثبات حصول العلم اليقيني في تاريخ معين يعود بالفائدة على صاحب الشأن فمنذ العلم في هذا التاريخ يحتسب ميعاد التظلم من القرار الإداري. كما أن في ذلك دلالة على علم صاحب الشأن بعناصر القرار ومحتوياته وفي ذلك ذهبت أحكام القضاء الإداري حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصري بذلك بحكمة القضاء الإداري القضية رقم ٥٩٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٤٩/٢/١٦م: بمجموعة السنة الثالثة: ٣٥٥..

ويُمكن حساب ميعاد الطعن من تاريخ إقرار صاحب الشأن بعلمه في تاريخ معين وفي ذلك قضت محكمة القضاء بأنه:(وإذا أقر ذو الشأن بعلمه

بالقرار المطعون فيه في تاريخ مُعَيَّن ولم يكن في الأوراق ما يدلّ على علمه به قبل ذلك التاريخ فإنه يتعيّن أخذ القرار بإقراره) محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١١٦ لسنة ١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٥٣م بمجموعة السنة السابعة: ١١٢٥..

وفي حكم لمحكمة القضاء قضت بأن: (القرار المطعون فيه قرار فردي يحسب ميعاد رفع الدعوى بشأنه من تاريخ العلم اليقيني بفحواه علماً يقينياً سواء بطريق النشْر أو بطريق الإبلاغ أو بأية طريقة أخرى. محكمة القضاء الإداري في ١٢/٤/١٩٨٣م، ق ٩٣٤، س ٣٦ غير منشور..

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا هذا الشرط في أحكامها حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٧٦، ١٦٨٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١/٢٦/١٩٨٦م بمجموعة السنة ٣١: ٩٨٥..

الشرط الخامس: أن يسمح العلم بتحديد طريق الطعن: يجب أن يُبيّن العلم اليقيني طبيعة تصرّف الإدارة فيما إذا كان هذا التصرف يُعدّ قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أو مجرد إجراء من الإجراءات الداخلية.

المبحث الثاني : موانع تطبيق العلم اليقيني

أولاً: علم أشخاص آخرين غير ذو الشأن بالقرار الإداري دون علم ذي الشأن (المدعي):

لا يعتد القضاء الإداري بعلم أي شخص آخر بالقرار الإداري سواء كان هذا العلم قانونياً (عن طريق النشر والإعلان) أو يقينياً ، والذي يعتد به في هذا المقام هو صاحب الشأن (المدعي) لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن الأوراق قد خلت مما يدل على إخطار المدعي بالقرار المطعون فيه، أو قيام الهيئة بنشره في نشراتها المصلحية، ومن ثم لا يُمكن أن يسري ميعاد الطعن في حقه إلا من اليوم الذي يثبت فيه قيام هذا العلم الشامل حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعين رقمي ١٠١، ١٣٤ السنة ٣٤ ق جلسة ١١/٤/١٩٩٢م..

وذهبت في حكم آخر إلى أنه : " لا وجه للتحديد بأن المدعي لا بد أن يكون قد علم بالقرار في حينه علماً يقوم مقام الإعلان أو النشر وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه لكي يقوم العلم مقام الإعلان أو النشر يجب أن يكون علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً " حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٧ لسنة ٢ ق جلسة ١١/١١/١٩٤٨م بمجموعة السنة الثالثة: ٣١..

وتماماً مع المبدأ الذي وضعته المحكمة الإدارية العليا من أن العلم يجب أن يصل إلى علم ذي الشأن نفسه وأنه لا عبرة بعلم الغير حتى ولو كان هذا

الغير أخو المدعي أو زوجته أو شريكه في الأرض حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن

رقم ٥٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٨ ..

ثانياً: الاعتقال الإداري: لا شك أن الاعتقال الذي تقوم به جهة الإدارة يُعدّ تدبيراً من التدابير المقيدة للحرية، ويُؤدّي إلى حرمان الشخص من أحد الحقوق الأساسية للإنسان.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن المدعي كان معتقلاً في تاريخ صدور القرار الإداري حيث صدر القرار في ١٦/٦/١٩٦٠م والمدعي يتم اعتقاله منذ ١٢/١١/١٩٥٩م حتى ٢٥/٧/١٩٦٣م في ظل أحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣م التي كانت تحول دون التجائه إلى القضاء طالب إلغاء القرار المطعون فيه، كما لم تُقم جهة الإدارة الدليل على علم المدعي بهذا القرار قبل الإفراج عنه، فإنه على هذا النحو لا يتأتى ثبوت علم المدعي علماً يقينياً بالقرار المطعون فيه في وقت كانت تسمح له فيه الأوضاع القانونية السائدة حينذاك برفع دعواه، ومن ثم فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء لا يسري في شأنه إلا من تاريخ زوال المانع القانوني من رفع دعواه حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢ مجموعة السنة ٢١ ج: ١٨٣.

ثالثاً: علم الوكيل لا يقوم مقام علم الموكل: عن حالة الوكيل الذي يقوم بأعمال الموكل (صاحب الشأن) يثور التساؤل هل علم الوكيل يقوم مقام الموكل؟ وللإجابة على هذا السؤال ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن

دفع وكيل المدعي الذي يُعبّر عنه عن العلم اليقيني لو كيله بالقرار محل الطعن غير سليم قانوناً إذ ترى أن هذا العلم من جانب الوكيل لا يقوم مقام علم الموكل لأن العلم الذي يُعتدّ به في حساب بداية الميعاد هو علم صاحب الشأن علماً يقينياً وهذا لم يتوفّر في حقّه خصوصاً وأن الموكل كان يُقيم خارج البلاد وقضت المحكمة بذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤٩٥ لسنة ٦٦ جلسة ١٥/٤/١٩٦٦م الموسوعة الإدارية الحديثة ج ١٥ : ١٢٥ ..

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا قضت بأنه: (قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الشكّ في قرائن العلم اليقيني بالقرار يؤول لصالح ذوي الشأن آخذاً بالأصل العام وهو عدم العلم حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٢٤٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٦/٢٠٠٤م حكم غير منشور ..

المبحث الثالث : إثبات العلم اليقيني لم يسلك القاضي الإداري في سبيل إثبات العلم اليقيني وسيلة مُعيّنة ففي مصر جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا ما نصّه: (يثبت العلم اليقيني من أية واقعة أو قرينة تُفيد حصوله دون التقيّد في ذلك بوسيلة إثبات مُعيّنة حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩ لسنة ٣ ق جلسة ٢٢/٦/١٩٥٧م ..

ومن الحالات التي أثبتت فيها المحكمة الإدارية توافر العلم اليقيني بالقرار الإداري حالة ما إذا تقدّم المدعي بمذكرة تُفيد تظلمه وردّه على جهة الإدارة ، ومن خلال هذه المذكرة تستنبط المحكمة وقوع العلم اليقيني ،

وهذا ما حكمت به المحكمة الإدارية العليا حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٠/١/١٩٨٢م..

وقد يُستخلص العلم اليقيني أيضاً من مضي مدّة طويلة على صدور القرار، فقرار الترقية الذي يطعن به بعد مضي (١٨) سنة استخلصت المحكمة الإدارية العليا المصرية من طول هذه المدّة علم صاحب الشأن علماً يقينياً؛ لأن صاحب الشأن طوال هذه المدّة كان مستمراً في جهة عمله، وكان بإمكانه معرفة هذا القرار حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٦٣ لسنة ٢٧ ق، ٢٨/٣/١٩٧٤م المجموعة لسنة ٢٩، ج٢، بند ١٣٥ : ٨٥٤..

وفي ظروف أخرى وملابسات أخرى لا تأخذ المحكمة بطول المدّة كما قضت في الحكم السابق ، وهذا إن دل فإنما يدلّ على أن القاضي الإداري بأخذ بظروف وملابسات كل قضية على حده كما أنه يستدل على العلم اليقيني بالقرار من الأدلة والقرائن الموجودة في أوراق الدعوى التي أمامه وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا حكمها في الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٢ ق في ٢٣/١١/١٩٨٠م، المجموعة السنة ٢٦ ج١، بند ١٢ : ٨٠..

هذا وقد استعرضنا قضاء المحكمة على النحو السابق بيانه، ومن أحكامها الحديثة التي فصلت فيه هذا المبدأ حكمها الذي قالت فيه : (ومن حيث أنه ولئن كان من المبادئ المقررة أن العلم بالقرار الإداري الذي يعول عليه في مجال سريان ميعاد دعوى الإلغاء يتعين أن يكون بالغاً لحدّ اليقين بحيث

لا يقوم على ظن أو يُبنى على افتراض حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٣ الدائرة الثانية بمجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثالث السنة الثالثة والأربعون ، يوليو ١٩٩٩م: ١٥٠، ١٥١..

هذا عن وسائل إثبات العلم اليقيني أمّا عن عبء إثبات العلم اليقيني فقد حدّدت محكمة القضاء الإداري أن عبء إثبات العلم اليقيني يقع على عاتق الإدارة حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٣٩ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٠ بمجموعة السنة ٧: ١١١٥، وحكمها في القضية رقم ٤٩٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤ بمجموعة السنة ٨: ٤٤٩.

ويتعين عند إثبات العلم اليقيني الذي يقع على الإدارة أن تُثبت أيضاً جميع شروط الأخذ بنظرية العلم اليقيني إذ يقع على عاتق الإدارة إثبات أن الطاعن قد علم بالقرار الإداري علماً كاملاً وشاملاً لجميع عناصر القرار وأن هذا العلم قد وقع في تاريخ معين ومُحدّد تحديده تام يُحسب من تاريخ هذا العلم احتساب مواعيد الطعن وفي هذا ذهبته المحكمة الإدارية العليا حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٠٣٣ لسنة ٣٧ قضائية ٢ جلسة ١٩٩٨/١/١٧ بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة والأربعون: ٦٩١..

المبحث الرابع : العلم اليقيني بين الإبقاء والإلغاء

رأي المطالبين بمجر هذه النظرية وتبيين الانتقادات التي وُجّهت إليها ، وتمثّل هذه الانتقادات في الآتي :

أولاً : من الصعب على الإدارة إثبات التاريخ الذي يتمّ فيه علم صاحب الشأن علماً يقينياً بالقرار الإداري الصادر في شأنه، وصعوبة إثبات هذا العلم يترتب عليه أن يظلّ ميعاد الطعن في القرار الإداري مفتوحاً مما يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية.

ويرد البعض على هذا الانتقاد بأن القضاء الإداري، وخاصة مجلس الدولة المصري يُطبّق النظرية في حالة تنفيذ القرار الإداري وحالة الإقرار الصحيح من صاحب الشأن

ثانياً : تقوم النظرية أساساً على أن علم صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً يقوم مقام النشر أو الإعلان وهذا من شأنه إهدار حقوق الأفراد وتعريض مصالحهم للخطر ،.

ويرد البعض على ذلك بأن وسيلتي النشر والإعلان ما هما إلا قرينة على العلم بالقرار وليس العلم ذاته.

ثالثاً : النظرية شيدت على أساس القرائن أمّا العلم عن طريق النشر أو الإعلان فهو علم بمضمون القرار دون حاجة للقرائن.

وكان ردّ البعض على هذا النقد بأنه إذا كانت نظرية العلم اليقيني شُيّدت على أساس القرائن فإن العلم عن طريق النشر أو الإعلان مبني أيضاً على أساس القرينة كما بينت سابقاً

رابعاً : تطبيق النظرية سوف يُؤدّي إلى غلق باب الطعن بالنسبة لمن علم بالقرار علماً يقينياً، أو سيظلّ مفتوحاً لمن لم يعلم به حتى يتم نشر هذا القرار، ويُسلّم المدافعون عن نظرية العلم اليقيني بهذا النقد، ومع ذلك يرون أن علم أحد الأفراد بالقرار فيه حث للإدارة على نشر القرار أو إعلانه لذوي الشأن.

خامساً: قد يُؤخذ على نظرية العلم اليقيني أنّها تبطئ سير الدعوى أمام القضاء. وهذا الانتقاد مردود عليه لأن وظيفة القاضي الأساسية تحقيق العدالة وإعطاء الحقوق لأصحابها.

ومن الأفضل الإبقاء على نظرية العلم اليقيني كوسيلة لسريان القرار الإداري في مواجهة الأفراد بجانب النشر أو الإعلان ، حيث إن في تطبيقها محافظة لحقوق الأفراد واستقرار المراكز القانونية..

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية

إعداد

خالد بن عبد الله الشمrani

إشراف

د. محمود حجازي

1428هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) 216

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) 174

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) 50

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث:

المقدمة: وتشتمل على الآتي:

- ١- أهمية الموضوع.
- ٢- أسباب اختياره.
- ٣- الدراسات السابقة، والجديد في الموضوع.
- ٤- منهج البحث.

** فصل تمهيدي، ويشتمل على ما يلي:

- المبحث الأول: في التعريف بمفردات البحث، وفيه مطالب:
 - المطلب الأول: تعريف الضبط الإداري.
 - المطلب الثاني: تعريف الظروف الإستثنائية.
 - المطلب الثالث: تعريف الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية.
- المبحث الثاني: أدلة مشروعية الضبط الإداري.
- المبحث الثالث: الفرق بين الضبط الإداري وما يشابهه.

**** الفصل الأول: وسائل الضبط الإداري، وأهدافه، وحدوده،**

في النظام والفقهاء، وفيه مباحث:

- المبحث الأول: وسائل الضبط الإداري، وفيه ثلاثة

مطالب:

- المطلب الأول: وسائل الضبط الإداري في النظام.

- المطلب الثاني: وسائل الضبط الإداري في الفقهاء.

- المطلب الثالث: مقارنة بين وسائل الضبط الإداري في

النظام وفي الفقهاء.

المبحث الثاني: أهداف الضبط الإداري، وفيه ثلاثة

مطالب:

- المطلب الأول: أهداف الضبط الإداري في النظام.

- المطلب الثاني: أهداف الضبط الإداري في الفقهاء.

- المطلب الثالث: مقارنة بين أهداف الضبط الإداري في

النظام وفي الفقهاء.

- المبحث الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري في

الظروف العادية، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: حدود سلطات الضبط الإداري في

النظام.

-المطلب الثاني: حدود سلطات الضبط الإداري في

الفقه.

-المطلب الثالث: مقارنة بين حدود سلطات الضبط

الإداري في النظام وفي الفقه.

** الفصل الثاني: أحكام الضبط الإداري في الظروف

الإستثنائية، وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية في

النظام.

- المطلب الثاني: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية في

الفقه.

- المبحث الثاني: أساس ودوافع نشأة الظروف الإستثنائية، وفيه

مطلبان:

- المطلب الأول: أساس ودوافع نشأة الظروف

الإستثنائية في النظام.

- المطلب الثاني: أساس ودوافع نشأة الظروف

الإستثنائية في الفقه.

- المبحث الثالث: شروط نظرية الظروف الإستثنائية، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: شروط نظرية الظروف الإستثنائية في

النظام.

- المطلب الثاني: شروط نظرية الظروف الإستثنائية في

الفقه.

المبحث الرابع: حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية.

** الفصل الثالث: الرقابة القضائية على سلطات الضبط

الإداري في الظروف الإستثنائية، وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: رقابة الإلغاء، وفيه

مطلبان:

-المطلب الأول: رقابة الإلغاء في النظام.

-المطلب الثاني: رقابة الإلغاء في الفقه.

- المبحث الثاني: رقابة التعويض، وفيه

مطلبان:

- المطلب الأول: رقابة التعويض في النظام.

- المطلب الثاني: رقابة التعويض في الفقه.

** الخاتمة.

** النتائج والتوصيات.

** المصادر والمراجع.

** الفهارس.

فصل تمهيدي

المبحث الأول في التعريف بمفردات البحث، وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضبط الإداري.

أولاً: تعريف الضبط لغةً: الضبط: مصدر ضَبَطَ يضبط ضبطاً وضباطة من باب ضرب. ويراد بها عدة مفاهيم منها ما يلي: **دقة التحديد**: يقال: فلان ضبط الآخر، أي حدّده على وجه الدقة.

قبض المتهم: يقال: تمّ ضبطه، أي تم إلقاء القبض عليه

الإحكام والإتقان: يقال: ضبط الشيء، أي أحكمه وأتقنه وقام بمزاولته دون خلل.

القيام بأمر البلاد وغيرها: يقال: ضبط البلاد وغيرها، أي قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص.

ثانياً: تعريف الإدارة لغةً: مأخوذٌ من: أدار يدير إدارة بمعنى طاف حول الشيء، ويقال: أدار حول الشيء: دار وأدار عن الأمر طلب منه أن يتركه، وأدار فلاناً على الأمر طلب منه أن يفعله، وأدار الرأي والأمر أحاط بهما.

تعريف الضبط الإداري في النظام: الشريعة الإسلامية هي المصدر الذي

يستقي منه النظام السعودي أحكامه، وهي الحاكمة على جميع أنظمة الدولة، كما نص على ذلك النظام الأساسي للحكم في مادته السابقة المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

بينما يرى آخرون أنه غاية من جهة أهدافه وقيداً على الحرية الفردية اعتباراً بنتيجة نشاطه وآثاره.

كما يراه البعض بالنظر إلى محل الضبط الإداري وأساليب نشاطه وأغراضه.

في حين رآه آخرون بأنه وظيفة سياسية.

وستضح هذه الآراء خلال ذكر أشهر تعريفات شرّاح الأنظمة؛ لأن الإلمام بكل التعريفات سيؤدي إلى التكرار، إذ أن كثيراً من هذه التعريفات تدور حول نفس المضمون مع اختلاف في العبارات والألفاظ.

مجمّل التعريفات السابقة نخلص إلى ما يأتي: أن الضبط الإداري هو مجموعة التدابير والإجراءات التي تتخذها الإدارة، وتمثل قيداً على حريات الأفراد بقصد تنظيم هذه الحريات والمحافظة على النظام العام وحمايته.

ولعله هو التعريف الذي أراه راجحاً؛ لما فيه من الاختصار مع تحقيق المقصود، وهذا التعريف لم يخرج من حيث المضمون عن التعريفات السابقة، وإنما الاختلاف من الناحية اللفظية فقط.

تعريف الضبط الإداري في النظام السعودي: يرى البعض أن مصطلح الضبط له معنيان: أحدهما عام: ويقصد به تنظيم الدولة بطريقة وقائية تكفل سلامة وأمن المجتمع.

وأما الضبط الإداري فله مدلول آخر محدد، أضيّق من المدلول العام، فالمقصود من الضبط الإداري هو صيانة النظام العام في الدولة، ويكون هذا من اختصاص السلطة الإدارية وحدها.

ومن الأمثلة على قرارات الضبط الإداري الصادرة بالملكة العربية السعودية ما يلي:

— قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٥٤) في ٧/٩/١٣٩٣هـ بصدور لائحة تحديد المؤسسات والحرف التي ينطبق عليها نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة.

— قرار مجلس الوزراء رقم (٣٢٧) في ١/٣/١٣٩٦هـ بشأن ضبط المواشي السائبة في الشوارع وبيعها فوراً بالمزاد العلني على أن يورد إلى صندوق البلدية من ثمنها ثلاثون ريالاً عن كل رأس كجزء للمخالفة، ويسلم باقي الثمن إلى مالك المشية.

— قرار مجلس الوزراء رقم (٨٥٥) في ٢٦/٥/١٣٩٦هـ —
 بالعقوبات المفروضة على المتلاعبين بالأسعار.

— قرار وزير الداخلية رقم (٢٧٩٠٢/٣) بتاريخ
 ١٣٩٦/١٠/٣٠هـ باعتماد القبض على المتلاعبين بالأسعار والأجور
 المحددة.

تعريف الضبط الإداري في الفقه الإسلامي: الضبط الإداري في
 النظام الإسلامي هو نوع من الولاية الضابطة تخول القائم بها على وجه
 الأصالة والإنابة تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهى عنه بقصد تحقيق المقاصد
 الشرعية وإنزال العقاب الناجع على المخالفين ضمن حدود الاختصاص.
 فالفقهاء المسلمون يرون أن الضبط الإداري الإسلامي هو الحسبة، والحسبة
 ولاية من الولايات الدينية التي أمر الشرع بالقيام بها.

يقول عليه السلام: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه
 فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)) صحيح مسلم ، رقم
 الحديث (١٧٧) .،

(المطلب الثاني) تعريف الظروف الإستثنائية

أولاً: تعريف الظروف الإستثنائية في النظام: إن المراد بالظروف الإستثنائية
 هي: تمتع الإدارة باختصاصات وسلطات أوسع في تعاملها من الأنظمة

واللوائح لظروف طارئة أيًا كانت هذه الظروف، من حروب، أو كوارث، أو أزمات، ليتسنى لها مواجهة تلك المستجدات الطارئة".

خصائص الظروف الإستثنائية:

أولاً: أن نظام الظروف الإستثنائية نظام استثنائي يخضع لمبدأ المشروعية الإستثنائية:

ثانياً: أن تطبيق نظام الظروف الإستثنائية أمر جوازي:

ثالثاً: أن تطبيق نظام الظروف الإستثنائية أمر مؤقت:

ثانياً: تعريف الظروف الإستثنائية في الفقه: يمكن القول أن الظروف الإستثنائية في الفقه الإسلامي يراد بها: "هي حلول عملية لتواجه حالات معينة وقعت تجاوز الطاقة البشرية أو بغير إرادة الطاقة البشرية، وتوقع في العسر والمشقة عند عدم مراعاتها".

المطلب الثالث تعريف الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية

نعرف الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية، وهو سلطة الإدارة في الخروج على القوانين واللوائح الموضوعة لتحكم الظروف العادية إذا ما وجدت ظروف استثنائية طارئة كالحرب والكوارث والأزمات؛ لأن البلاد قد تتعرض لأبغ الضرر إذا ما تقيدت بالقوانين واللوائح العادية في مواجهة الظروف الإستثنائية الطارئة.

المبحث الثاني : أدلة مشروعة الضبط الإداري:

من الكتاب فكما يلي:- قوله تعالى: (وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ سورة آل عمران، الآية (١٠٤) ..

أما الأدلة من السنة النبوية فمنها ما يلي:- قوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه: ((نزع رجل لم يعمل خيراً قط غصن شوكٍ عن الطريق إما كان في شجرة فقطعه وألقاه، وإما كان موضوعاً فأماطه فشكر الله له فأدخله الجنة)) سنن أبي داود ، رقم الحديث (٥٢٤٥) ،.

- قوله ﷺ فيما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: ((إياكم والجلوس على الطرقات، قالوا: يا رسول الله، مالنا من مجالسنا بد نتحدث فيها، فقال ﷺ: إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه، قالوا: وما حقه؟ قال: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) أخرجه مسلم في صحيحه رقم الحديث (٥٦٤٨) ،.

وأما فعل الصحابة الكرام رضي الله عنهم فهي شهادة على مشروعية الضبط الإداري:- فابو بكر رضي الله عنه حارب مسيلمة الكذاب من أجل المحافظة على النظام العام في الدولة الإسلامية، وصيانة أمنها ووحدتها، وضمان عدم تفرقتها.

- وعمر رضي الله عنه أكمل المسيرة وطورها، فقد أنشأ نظام الحسبة، وجعل من مهامها الإشراف على الأسواق، ومراقبة المكايل والموازين، والمحافظة على الآداب العامة، وأخذ بنظام الدواوين، كديوان الجند والخراج، كما أنشأ حراسة ليلية وخصص لها دوريات منتظمة عرفت بالعسس، وهذه الأعمال هي من صميم وظائف الضبط الإداري.

المبحث الثالث في الفرق بين الضبط الإداري وما يشابهه،

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الفرق بين الضبط الإداري والضبط التشريعي.

إن تنظيم الحريات وتقييدها لا يقتصر على إجراءات الضبط الإداري فقط، ولكن قد يتم عن طريق الضبط التشريعي الذي يكون عبر القوانين التي يصدرها المنتظم لتنظيم الحقوق والحريات العامة عن طريق الجهات المختصة بدراسة الأنظمة، إلا أن تدابير الضبط الإداري لا غنى عنها في هذا المجال، فهي أكثر مساساً بحدود الحريات ومداها وأوضاعها، تحقيقاً لأهداف الضبط الإداري.

(المطلب الثاني) الفرق بين الضبط الإداري والضبط القضائي

الضبط الإداري يتصل نشاطه بالسلطة التنفيذية والضبط القضائي يتعلق بممارسة السلطة القضائية، ويترتب على ذلك اعتبار أعمال الضبط القضائي أعمالاً قضائية تدخل المنازعات المتعلقة بها في اختصاص القضاء العادي، ولا تقبل الطعن بالإلغاء أو إيقاف التنفيذ، أما أعمال الضبط الإداري فتعبر قرارات إدارية يدخل الطعن فيها إلغاءً وتعويضاً في اختصاص القضاء الإداري.

وبعد أن اتضحت الفائدة العملية للتمييز بين الضبط الإداري والقضائي نصل إلى ذكر الفروق بينهما، وهي: أن الضبط الإداري يهدف إلى منع التضارب والتقليل من ارتكاب الجرائم، أي أن مهمته وقائية. بخلاف الضبط القضائي فهو يأتي بعد ارتكاب الجريمة ليبحث عن الفاعل، ويجمع الأدلة التي تكفل إنزال العقاب به، فمهمته علاجية.

(المطلب الثالث) الفرق بين الضبط الإداري العام والضبط الإداري

الخاصينقسم الضبط الإداري إلى ضبط عام وضبط خاص:

ويقصد بالضبط الإداري العام ذلك الذي يعهد به إلى مختلف السلطات الإدارية والذي يكون قابلاً لأن يمارس بطريقة عامة بالنسبة لأي نوع كان من نشاط الأفراد.

ويقصد بالضبط الإداري الخاص ذلك الذي تنص عليه بعض القوانين واللوائح من أجل تدارك الاضطرابات في مجال محدد، وباستخدام وسائل أكثر تحديداً تتلاءم فنياً مع ذلك المجال وهي بوجه عام أكثر تشدداً.

الفصل الأول

في وسائل الضبط الإداري، وأهدافه، وحدوده، في النظام والفقهاء، وفيه
مباحث:

المبحث الأول: وسائل الضبط الإداري.

(المطلب الأول) وسائل الضبط الإداري في النظام

أولاً: وضع اللوائح الإدارية: تعتبر لوائح الضبط من أهم وسائل الضبط الإداري وتمثل هذه اللوائح في مجموعة من القواعد العامة الموضوعية المجردة تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة، وهي الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة، والآداب العامة.

ومن أمثلة هذه اللوائح الضبطية في المملكة:

١- قيام الإدارة بوضع لوائح لتنظيم الاستيقاف والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي، وذلك من أجل المحافظة على الأمن في المجتمع، حيث نصت لائحة أصول الاستيقاف والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي في المادة الأولى منها على ما يلي: [لرجال الدوريات وغيرهم من رجال

السلطة العامة حق استيقاف كل من يوجد في حالة تدعو للإشتباه في أمره [لائحة أصول الاستيقاف والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي الصادرة من سمو وزير الداخلية برقم: (٢٣٣) وتاريخ: ١٧/١/١٤٠١هـ..

٢- قيام الإدارة بوضع لوائح خاصة بمراقبة المواد الغذائية والاستهلاكية وطرق تخزينها، من أجل المحافظة على الصحة العامة في المجتمع، حيث نصت لائحة الاشتراطات الصحية الخاصة بمستودعات المواد الغذائية ووسائل نقلها في الفصل الثالث منها على مايلي: [١- يجب أن يكون جميع العاملين في مستودعات المواد الغذائية حاصلين على شهادات صحية سارية المفعول تثبت خلوهم من الأمراض المعدية، طبقاً لما ورد في لائحة الاشتراطات الصحية الواجب توافرها في المطاعم والمطابخ والمقاصف ومحلات الوجبات السريعة وما في حكمها الصادرة بقرار معالي الوزير رقم: ٥/٥٤٧١ في ١٣/١٠/١٤١٣هـ.

٢- العناية التامة بنظافة جميع العاملين.

٣- عدم تناول الأكل والشرب داخل المستودعات... [لائحة الاشتراطات الصحية الخاصة بمستودعات المواد الغذائية ووسائل نقلها..

وأشير هنا إلى أن اللائحة تشبه القانون في احتوائها على قواعد عامة مجردة إلا أنها من حيث القوة أدنى مرتبة منه، غير أن هذه اللوائح ليست مطلقة، بل هناك شروط لابد من توافرها في هذه اللوائح عند

إصدارها، وهي على النحو التالي:

/ عدم مخالفة لوائح الضبط لما هو أعلى منها: ويقضي هذا الشرط عدم مخالفة اللائحة للنص الدستوري، سواء من الناحية الموضوعية أم من الناحية الشكلية.

/ أن تكون هذه اللوائح في صورة قواعد عامة موضوعية مجردة: والمقصود بالعمومية في اللائحة أن لا توجه إلى شخص معين بالذات ولا تحكم واقعة معينة بالذات، وإنما تحدد الشروط التي يلزم توافرها لكي تنطبق اللائحة، فإذا توافرت هذه الشروط في شخص معين أو في واقعة معينة انطبقت اللائحة.

٣/ تحقيق المساواة بين الأفراد عند تطبيق أحكام اللائحة عليهم: فاللائحة يجب تطبيقها على كل من توافرت فيهم شروطها، وطبقاً لهذه المساواة يمتنع على لائحة الضبط أن تقيد نشاطاً بذاته باعتباره مهدداً للنظام مع إطلاق الحرية لنشاط آخر لا يقل عنه تهديداً لهذا النظام، حتى لا تختل قاعدة المساواة.

وبناءً على ذلك يمكن حصر مظاهر تقييد النشاط الفردي على النحو التالي / تنظيم النشاط (التوجيه): من أمثلته في المملكة: [ما صدر من وزير الشؤون البلدية والقروية برقم (٧٣٧/٣/ص) وتاريخ ١٤١٠/٧/٧هـ — بلزوم استعمال الحملة التحذيرية التالية: "التدخين سبب رئيسي لسرطان

وأمرض الرئة وأمراض القلب والشرابين" في جميع محلات بيع السجائر [التعميم رقم (٣٧٣/٣/ص)، وتاريخ ١٤١٠/٧/٧ هـ الصادر من وزير الشؤون البلدية والقروية..

ب/ الإخطار السابق: قد يخضع النشاط الفردي لنظام الإذن المسبق فيصبح واجباً على الأفراد قبل مزاوله نشاط معين أن يحصلوا على الإذن من الإدارة العامة.

ج/ الإذن السابق (الترخيص): في هذا المظهر لا يستطيع الفرد ممارسة النشاط قبل الحصول على إذن سابق من السلطة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحصول على إذن سابق لممارسة التجارة في الأسلحة والذخائر مثلاً.

د/ الحظر أو المنع: في هذه الصورة يبلغ تقييد النشاط الفردي منتهاه، فيمتنع على الأفراد كلية ممارسة حرية ما خشية وقوع اضطرابات تمس الأمن العام.

ثانياً: القرارات الإدارية الفردية: وهي قرارات إدارية تصدرها السلطة المختصة بشأن فرد معين بذاته أو مجموعة أفراد معينين بذواتهم ويلزم -كقاعدة عامة- أن تكون هذه الأوامر والنواهي متفقة مع أحكام القوانين، وتكون تنفيذاً لها. وهذه القاعدة العامة هي إحدى الشروط الواجب توافرها في الأوامر الفردية، وتمثل هذه الشروط في الآتي:

- ١- أن يصدر الأمر الفردي في نطاق الأنظمة واللوائح.
 - ٢- أن يكون للقرار الإداري موضوع محدد ومجال نشاط محدد.
 - ٣- أن يكون القرار الضبطي صادراً من هيئة الضبط المختصة بإصداره.
 - ٤- أن يكون للقرار الإداري سبب صحيح ومشروع يسوغ لهيئة الضبط اتخاذه.
 - ٥- أن يكون التدبير الضبطي لازماً لحماية النظام العام ومناسباً له.
- ومن أمثلة القرارات الفردية في مجال الضبط الإداري في المملكة ما يلي:

١- منح التراخيص لإقامة الأبنية والإنشاءات.

٢- منح التراخيص لمزاولة الحرف والمهن

ثالثاً: استخدام القوة المادية (التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري: ويقصد بها حق الإدارة في إجبار الأفراد على تنفيذ الأنظمة واللوائح وقراراتها من نواهي وأوامر، من أجل احترام النظام العام، وهيئة الضبط الإداري أن تتخذ هذا الإجراء دون الالتجاء مقدماً إلى القضاء للحصول على إذن مسبق بالتنفيذ.

ولكن المقصود بما هنا العمل على منع وقوع الأفعال التي تكون إخلالاً بالنظام العام، وبشروط وقيود مقررة عند أهل القانون وهي:

١- وجود خطر جسيم يهدد النظام العام بعناصره: (الأمن العام، السكينة العامة، الصحة العامة، الآداب العامة).

٢- تعذر درء هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية.

٣- أن يكون هدف الإدارة من الإجراء هو تحقيق المصلحة العامة وحدها.

٤- ألا تضحي الإدارة بمصلحة الأفراد في سبيل تحقيق المصلحة العامة، إلا بمقدار ما تقضي به الضرورة.

٥- يخضع تقدير حالة الضرورة والاستعجال وملائمة الإجراءات المتبعة لرقابة القضاء. ومما يؤكد ذلك ما جاء في أنظمة المملكة العربية السعودية من قيود، ومنها:

- نجد أن المادة السادسة من نظام قوات الأمن الداخلي قد نصت على ما يلي: [لرجال قوات الأمن الداخلي حق استعمال القوة دون استعمال السلاح بالقدر اللازم لأداء الواجب، وبشرط أن تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة لذلك] المادة السادسة والسابعة من نظام مديرية الأمن العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٥٩٤)، وتاريخ ٢٩/٣/١٣٦٩هـ..

أما بالنسبة لاستخدام السلاح فقد حددتها المادة السابعة من النظام نفسه:
 أولاً: يجوز استخدام القوة المادية دون استخدام السلاح، وذلك لتنفيذ
 إجراءات الضبط الإداري، على أن تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة
 لتحقيق ذلك، وأن يكون استخدام القوة بالقدر الضروري.

ثانياً: يجوز استخدام القوة باستخدام الأسلحة النارية لتنفيذ إجراءات
 الضبط طبقاً للقواعد التالية:

أ/ أن يكون ذلك كفض تجمهر عدواني.

ب/ أن تقتضي الضرورة القصوى استخدام الأسلحة النارية.

ج/ أن يصدر إنذار للمتظاهرين بالعزم على استخدام الأسلحة النارية.

د/ أن يصدر الأمر بإطلاق النار من رئيس القوة بصوت جهوري؛ حتى
 يدرك المتجمعون الجدية في تفرقهم، ويكون الإطلاق بأمر لكل طلقة.

هـ/ يجب أن يكون إطلاق النار على الساقين مع التوقف عن الضرب من
 حين لآخر لإعطاء المتجمهرين الفرصة للانفضاض.

ومن الأمثلة على استخدام القوة المادية في المملكة العربية السعودية

ما يلي:

مصادرة الأغذية التي يثبت عدم صلاحيتها، وذلك من قبل الإدارة العامة لصحة البيئة وفقاً لتعميم وزارة الشؤون البلدية والقروية رقم (٣/٧١١/ص) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٠٤هـ.

رابعاً: الجزاء الإداري: يقصد بالجزاء الإداري الجزاء الذي تتخذه هيئات الضبط الإداري بهدف صيانة النظام العام في أحد نواحيه. وقد يكون الجزاء الإداري مالياً كالمصادرة، وقد يكون مقيداً للحرية كالاتقال، وإبعاد الأجانب، وقد يكون مهيناً كسحب الترخيص. وقد يختلط الجزاء الإداري بغيره من أنواع الجزاءات الأخرى، كالجنائي والتأديبي، وفيما يلي بيان ذلك:- يختلف الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي من عدة أوجه:

أولها: أن الجزاء الجنائي تصدره المحاكم، وتستهدف به معاقبة مرتكبي الجرائم، والجزاء الإداري توقعه الإدارة بهدف المحافظة على النظام العام.

ثانيها: أن الجزاء الإداري مؤقت وليس نهائياً، بخلاف الجزاء الجنائي فهو نهائي ومتناسب مع جناية الفعل الذي وقع.

ثالثها: يجوز للإدارة الرجوع في الجزاء الإداري بسحب قرارها إذا ما تبين لها أن أسباب الإخلال قد زالت، بينما الجزاء الجنائي يتمتع بحجية الأمر المقضي به.

أما بالنسبة للجزاء الإداري والجزاء التأديبي فيتفقان في أن الإدارة توقعهم، ويختلفان فيما عدا ذلك. فالجزاء التأديبي يوقع على الموظفين بالدولة نتيجة الإخلال بواجبات الوظيفة، ويتولى إيقاعه إما الرئيس الإداري أو المحكمة التأديبية. ومن الأمثلة على الجزاءات الإدارية في المملكة ما يلي: - سحب الترخيص عند مخالفة أصحاب الحظائر وقيامهم بالذبح في الأحواش، وذلك وفقاً لتعميم وزارة الشؤون البلدية والقروية رقم (١٦٣/٣/ص) وتاريخ ١٩/٦/١٤٠٤هـ - تعميم وزارة الشؤون البلدية والقروية رقم (١٦٣/٣/ص) في ١٩/٦/١٤٠٤هـ ..

٢- نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، وذلك وفقاً للمادة السابعة التي نصت على أن كل ترخيص لا يعمل به صاحبه خلال سنة من تاريخ صدوره يعتبر لاغياً المادة السابعة من نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٦٣) وتاريخ ١٥/٣/١٣٨٢هـ، وبالمرسوم الملكي رقم (١٧) وتاريخ ١٨/٣/١٣٨٢هـ ..

المطلب الثاني: وسائل الضبط الإداري في الفقه

أولاً: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ووسائله:

أ/ التعرف على المنكر: والمراد به هنا المنكر الظاهر المحقق الوجود دون بحث أو تجسس للكشف عن الخفي من المنكر، فهذا خارج عن اختصاص المحتسب، ولا يجوز له القيام به.

كما يلزم المحتسب ألا يستمع إلى الإشاعات أو الأخبار من المصادر غير الموثوقة بل يتعرف على المنكر بنفسه أو بأخبار ثقات عدول؛ تنفيذاً لأمر الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ سورة الحجرات، الآية (٦)).

كما أن قيامه بهذه المهمة مقيد بقيد مهم، وهو أن يكون بالطرق المعروفة شرعاً، فلا يتجسس، أو يفضح البيوت، أو يهتك الحرمات؛ صيانةً لكرامة المسلم ومنزلته التي حثنا الإسلام عليها، وتنفيذاً لأمره تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا) سورة الحجرات، الآية (١٢)..

ب/ التعريف والتعليم: فالإنسان قد يقدم على فعل المنكر جهلاً

منه بالحكم الصحيح، وحينئذٍ يجب تعريفه بلطف لا بعنف.

ولما كان الأمر كذلك فلا بد أن يكون لدى المرشد الشفقة على

المتعلم، وأن يعامله كما يعامل ابنه، ولنا في رسول الله أسوة حسنة حيث

يقول ﷺ: ((إنما أنا لكم بمنزلة الوالد أعلمكم، فإذا أراد أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها، ولا يستطب يمينه)) أخرجه أبو داود في سنه وإسناده حسن، رقم الحديث (٧)،.

ج/ النهي بالوعظ والنصح والتخويف بالله تعالى: هذا الأسلوب حتى يؤتي أكله لا بد أن يلاحظ فيه أن يكون بشفقة ولطف ورحمة وإحسان ومنطق وحكمة، من غير تشهير أو تعنيف أو غضب. ولنا في رسول الله موسى ﷺ أسوة حسنة، فقد أمره جل وعلا أثناء دعوته لفرعون الطاغية باللين وعدم الغلظة حيث يقول سبحانه: (فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَىٰ سُوْرَةُ طه، الآية (٤٤)

د/ التهديد والتخويف بالإيذاء: فللمحتسب أن يهدد وأن يخوف للرجوع إلى الحق وجادة الصواب، وهذا يكون عند الإصرار على الإثم أو عند الاستهزاء بالنصح والوعظ.

ولنا في رسول الله إبراهيم ﷺ أسوة حسنة حيث قال: (فَإِنَّ لَكُمْ وَلِمَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَفْلا تَعْقِلُونَ سُوْرَةُ الْأَنْبِيَاءِ، آية (٦٧) فهذا اللفظ الشديد لا يقال إلا فيمن تحقق فيهم، ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة القصوى، ولذلك فلا بد أن تتوافر فيه عدة شروط هي:

١- استنفاد جميع الإمكانيات الوعظية والحيل.

٢- مجاهرة صاحب المنكر وعمله على إشاعته.

٣- أن يكون كلام الواعظ في وصفه لصاحب الإثم بما فيه عاماً لا يحدد أشخاصاً، كما كان يفعل معلم البشرية ورافع الوثنية وقامعها ﷺ حيث يقول: ((ما بال أقوام يرفعون أبصارهم إلى السماء في الصلاة...)) فاشتد قوله في ذلك حتى قال: ((لينتھين عن ذلك أو لتخطفن أبصارهم)) أخرجه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث (٧٥٠)..

هـ/ التغيير باليد: لا بد أن يصاحب هذه الوسيلة أقصى درجات الحكمة والوعي والتجرد عن الهوى، ولهذا الوسيلة مراحل معينة حسب الأحوال والأعمال:

أ/ فلا يلجأ إلى هذا الأسلوب إلا بعد التهديد إن كان يجدي، وأمر صاحب المنكر أن يغير ما هو عليه من إثم.

ب/ فإذا لم يمثل لما سبق فإنه يُخرج ما سرقه من جيبه أو بيته حتى ترد الحقوق، وحتى يمتنع الظلم والمنكر.

ج/ أن يقتصر ذلك على المنكر فقط ولا يتعدى ذلك إلى غيره زجراً أو نكالاً أو فساداً.

د/ ألا يصاحب ذلك إيذاء جسدي لا داعي له أو امتهان نفسي ما دام

ليس فيه أمر من الحاكم بتعزير أو نحوه.

هـ/ مباشرة الضرب باليد كدفع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر للمنكر باليد فيما لا يندفع إلا به.

و/ الاستنكار بالقلب: هذه الوسيلة تكون لمن عجز عن سلوك الأساليب السابقة سلباً في الواقع بل هو في الحقيقة من الأمر علاج حاسم للمجاهرين بالمنكر، وإذا رأى المنكر بقلبه أن المصلحة تتحقق في حال إبلاغ الأمر إلى السلطات المختصة بالضبط الإداري، وجب عليه الإبلاغ لتتولى هذه الهيئة دفع المنكر بمقتضى ما لها من صلاحيات تساعدها على القيام بهذا الأمر.

ثانياً: الترخيص: أنيط بالمحتسب وأعوانه باعتبارهم يمثلون سلطة الضبط الإداري في الإسلام إعطاء التراخيص للراغب في ممارسة عمل يتطلب مهارات خاصة؛ لأن توافر هذه المهارة يُعد عاملاً من عوامل تحقيق مصلحة المتعاملين معه وحماية لهم ورعاية لأمنهم.

ثالثاً: التفتيش: هذه الوسيلة من وسائل الضبط الإداري تخول المحتسب التفتيش على الأسواق ونظافتها وهدوئها وخلوها من المنكرات، من تبرج وسفور وغيرهما من مظاهر المنكرات في الأسواق. وهذه الوسيلة لها سندها في القرآن الكريم، وهو ما جاء في قصة يوسف عليه السلام: (فَبَدَأَ

بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أَخِيهِ سُوْرَةُ يُوسُفَ،
الآية (٧٦)..

رابعاً: التنفيذ المباشر: هذه الوسيلة من وسائل ممارسة النشاط الضبطي في الإسلام لها سندها في الشريعة الإسلامية، وهو حديث الرسول ﷺ: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)) سبق تخريجه.

خامساً: استخدام السلاح: وهذه الوسيلة تستخدم إذا كان تغيير المنكر لا يتأتى ولا يندفع إلا بشهر سلاح وتجميع أعوان. وقد اختلف الفقهاء في احتياج استعمال السلاح إلى إذن الإمام. فيرى البعض وجوب أخذ الإذن من الإمام، وعدم اشتغال آحاد الرعية بذلك؛ لأنه لا يقدر عليه بنفسه، ويحتاج فيه إلى أعوان، وربما استعد الفاسق بأعوان فيؤدي إلى الاقتتال، ولذلك يحتاج فيه لإذن الإمام؛ لأنه يؤدي إلى تحريك الفتن وخراب البلاد وتقاتل العباد.

وقال آخرون: لا يلزم إذن الإمام لأن المناضلين في فسقهم لا مانع من التعاون عليهم، وكل من قدر على دفع المنكر لا بأس عليه أن يدفعه.

المطلب الثالث: مقارنة بين وسائل الضبط الإداري في النظام وفي الفقه فب النسبة للوسيلة الأولى وهي اللوائح الإدارية فهي تعتبر أهم هذه الأساليب وأبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط، لأنه عن طريقها تضع هيئات الضبط

الإداري قواعد عامة مجردة تقيد بها النشاط الفردي لكي تتم المحافظة على النظام العام.

أما بالنسبة للوسيلة الثانية وهي قرارات الضبط الفردية فهي أكثر وسائل الضبط الإداري استعمالاً حيث يتجه نشاط الضبط الإداري كله أو يكاد يكون إلى هذه القرارات.

أما الوسيلة الثالثة وهي: التنفيذ الجبري أو المباشر فهي أخطر الوسائل الممنوحة لسلطات الضبط لما فيه من تمدد كبير للحريات العامة ولذلك وضعت الشروط التي تخفف من خطورة هذه الوسيلة عند استخدامها.

أما الوسيلة الرابعة وهي الجزاء الإداري فهي أيضاً من السلطات الخطيرة الممنوحة لهيئات الضبط؛ لأنه علاوة على تقيده للحرية الشخصية يتم إيقاعه دون المرور بالضمانات الإجرائية. كما ظهر لنا أن وسائل الضبط الإداري في الفقه الإسلامي تتمثل في خمسة وسائل يتم من خلالها تحقيق غاية الضبط الإداري في النظام الإسلامي وهي المحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة، إضافة إلى حفظ العقل والنفس والدين والنسل والمال.

فالوسيلة الأولى: وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بوسائله المتعددة هي أهم وسيلة انفرد بها النظام الإسلامي وتميز بها عن غيره من النظم الوضعية المعاصرة، ذلك أن الوسائل الأربع الأخرى متشابهة ومتداخلة مع وسائل الضبط في النظم المعاصرة

ونخلص مما سبق إلى أن وسائل الضبط الإداري في النظام الإسلامي أوسع وأكثر وأشمل من وسائل الضبط في النظم الوضعية، وأن النظام الإسلامي يقوم على ترك أداء الخدمات العامة للجهود الحرة بأن يقوم بها الأفراد عموماً من خلال التضامن في تنفيذ أوامر الله والامتناع عن ما نهي عنه، وتكتفي الدولة بالإشراف عليها بواسطة القائمين بالحسبة.

وبالنسبة للوضع في المملكة العربية السعودية: فيظهر من خلال العرض السابق لوسائل الضبط الإداري في النظام وفي الفقه أن المملكة العربية السعودية تقوم باستعمال جميع الوسائل السابقة في تحقيقها لأهداف الضبط الإداري الإسلامي

المبحث الثاني أهداف الضبط الإداري، وفيه مطالب:

المطلب الأول: أهداف الضبط الإداري في النظام.

أولاً: تعريف النظام العام: اختلف أهل القانون في تعريف النظام العام، وتبعاً لهذا الاختلاف تعددت تعريفاتهم، وسأذكر أهم هذه التعريفات:-
فقد عرفه البعض بأنه: "استتباب النظام المادي في الشوارع".

في البلاد الإسلامية لاشك في أن النظام العام لا يقتصر على الجانب المادي فقط، بل يشمل أيضاً النظام العام الأدبي أو الأخلاقي، وهو ما عليه العمل في القضاء المصري، وهو أيضاً ما التزم به في المملكة العربية السعودية من باب أولى، وذلك إعمالاً لمبدأ أولوية تطبيق الشريعة الإسلامية.

ثانياً: عناصر النظام العام:

أولاً: الأمن العام: ويقصد بالأمن العام اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداء نتيجة الكوارث الطبيعية كالفيضانات والزلازل والحرائق، أو بفعل الإنسان كسطو المجرمين وعبث المجانين، والمظاهر العنيفة، وحوادث السيارات، أو من جراء هجوم الحيوانات المفترسة وما تحدثه من اضطرابات.

وفي المملكة العربية السعودية أنشئ جهاز خاص للقيام بهذه المهمة، وهي تحقيق الأمن العام في المجتمع وسمي هذا الجهاز بالأمن العام نظام مديرية الأمن العام، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٥٩٤) وتاريخ ١٣٦٩/٣/٢٩هـ.

وتتحصر وظائف الأمن العام في المملكة ضمن ثلاث وظائف أصلية، وهي:

أ/ الوظائف الإدارية الضابطة المانعة: وهي تشمل أعمال حفظ النظام وصيانة الأمن العام، وتأمين الراحة والسكينة العامة، وتنفيذ كافة الأنظمة والقوانين.

ب/ الوظائف القضائية: وهي تشمل البحث عن الجرائم والتبليغ عنها، وضبطها، والتحقيق فيها، والقبض على مرتكبيها، وجمع الاستدلالات، وتقديمهم جميعاً إلى القضاء.

ج/ الوظائف الاجتماعية: وهي تشمل اتخاذ كافة الأسباب الوقائية للحيلولة دون وقوع الجرائم، ومكافحتها بالقضاء على أسباب نشوئها الأصلية، ومعالجة ذبورها، والتخفيف من آثارها في المجتمع. وقد نص نظام قوات الأمن الداخلي على ذلك في مادته الثانية نظام قوات الأمن الداخلي رقم (٣٠) لسنة ١٣٨٤هـ.: [قوات الأمن الداخلي هي القوات المسلحة المسؤولة عن المحافظة على النظام وصيانة الأمن العام الداخلي في البر والبحر، وعلى الأخص منع الجرائم قبل وقوعها وضبطها والتحقيق فيها بعد ارتكابها، وحماية الأرواح والأعراض والأموال حسب ما تفرضه عليها الأنظمة والأوامر الملكية وقرارات مجلس الوزراء والأوامر السامية والقرارات الصادرة من وزارة الداخلية]. ومن أمثلة اللوائح الموجهة للمحافظة على الأمن العام في المملكة:- اللوائح الصادرة من مجلس الدفاع المدني واللائحة التنفيذية لنظام الأسلحة والذخائر.- وهناك أنظمة صادرة وتشمل في بعض أجزائها على قواعد تنظيمية تهدف إلى المحافظة على الأمن العام، ومن هذه الأنظمة على سبيل المثال: نظام مديرية الأمن العام نظام مديرية الأمن العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٥٩٤) وتاريخ ١٣٦٩/٣/٢٩هـ.، ونظام المرور نظام المرور الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٩/م) وتاريخ ١٣٩١هـ. ونظام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نظام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧/م) وتاريخ ١٤٠٠/١٠/٢٦هـ.، ونظام المطبوعات والنشر

نظام المطبوعات والنشر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) وتاريخ ١٣/٤/١٤٠٢هـ..

ثانياً: الصحة العامة: ويقصد بها اتخاذ كل ما من شأنه أن يحافظ على صحة الناس ووقايتهم من أخطار الأوبئة والأمراض، وذلك كمنع انتشار الأوبئة، ورقابة نظافة الأغذية، وصلاحية مياه الشرب، وتوافر الشروط الصحية في المحلات العامة، ومنع ما يؤدي إلى التلوث البيئي. وفي المملكة العربية السعودية نجد أن المنظم السعودي أولى هذا العنصر اهتماماً بالغاً، فوضع الأنظمة واللوائح التي تكفل حماية الصحة العامة، ومن ذلك ما يلي المادة الخامسة من نظام البلديات والقرى الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) في ٢١/٢/١٣٩٧هـ.:

- نص نظام البلديات والقرى في مادته الخامسة الفقرة الرابعة على أن: [من واجبات ووظائف البلدية رقابة الصحة العامة وردم البرك والمستنقعات، ودرء خطر السيول، وإنشاء أسوار من الشجر حول البلدة لحمايتها من الرمال].

- كذلك نص نظام البلدية والقرى في مادته الخامسة وفي الفقرة الخامسة على أن: [من واجبات ووظائف البلدية مراقبة المواد الغذائية والاستهلاكية والإشراف على تموين المواطنين بها]. ومن الأمثلة على التدابير التي اعتمدت في المملكة للمحافظة على الصحة العامة ما يلي: حينما ظهر في المملكة

العربية السعودية مرض (حمى الوادي المتصدع) قبل ثمانية أعوام، وكان مرضاً غريباً في بداية ظهوره ولم يكن معروفاً في المملكة، مما جعله يأخذ هالة إعلامية كبيرة، وقد صدر الأمر السامي الكريم بتشكيل لجنة وزارية لمواجهة مرض (حمى الوادي المتصدع)، وهدف عمل هذه اللجنة الفرعية هو حصر وعرض كل ما يتعلق بهذا المرض على اللجنة الوزارية برئاسة وزير الداخلية، ودور وزارة الزراعة في هذه اللجنة بحكم أن هذا المرض من الأمراض الحيوانية التي تصيب الحيوانات وينتقل إليها.

ثالثاً: السكنية العامة: وهي المحافظة على الهدوء والسكون في أنحاء المجتمع، وتوفير المناخ الذي يشعر فيه أفراد المجتمع بالهدوء وعدم الإزعاج في الأماكن العامة والطرق، فلا يكون هناك من المسببات ما تعيق راحتهم ويضايقهم، مثل الضوضاء والأصوات المقلقة والمزعجة الصادرة من الباعة أو مكبرات الصوت أو الأبواق الخاصة بالسيارات.

وقد صدر نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة بالمملكة العربية السعودية، حيث نص النظام على أنه: [لا يجوز إنشاء أو تشغيل محل من المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة إلا بترخيص سابق من وزارة الداخلية أو من الجهة التي تحددها هذه الوزارة] نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٧) وتاريخ ١٨/٣/١٣٨٢هـ..

رابعاً: الأخلاق والآداب العامة: أولت الدولة السعودية هذا العنصر أهمية خاصة وسعت حمايته والمحافظة عليه عن طريق جهاتها التنفيذية، وتشمل بشكل أساسي في هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما أنها تشارك جهات أخرى في تحقيق هذا الهدف كرجال الأمن العام، حسب ما نص عليه نظام الأمن العام الصادر عام ١٣٦٩هـ نظام مديرية الأمن العام، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٥٩٤) وتاريخ ١٣٦٩/٣/٢٩هـ..

ولما كانت المملكة العربية السعودية دولة إسلامية، وتحكم الكتاب والسنة، فقد اهتمت بتحقيق هذا العنصر من خلال إنشاء هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أسندت إليها القيام بالأعمال التي تكفل المحافظة على الآداب العامة كعنصرٍ من عناصر النظام العام، ومن هذه الأعمال ما نص عليه نظام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حيث أمر أعضاء الهيئة بالقيام بالواجبات، ومنها ما يلي نظام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧/م) وتاريخ ١٤٠٠/١٠/٢٦هـ..:

أولاً: حث الناس على التمسك بأركان الإسلام.

ثانياً: مراقبة إقامة الصلاة في أوقاتها شرعاً في المساجد

ثالثاً: مراقبة الأسواق العامة والطرق والحدائق وغير ذلك من

الأماكن العامة، والحيلولة دون وقوع المنكرات الشرعية، ومنها:

- ١- الاختلاط والتبرج المحرمين شرعاً.
- ٢- الجهر بالألفاظ المخلة بالحياء أو المنافية للآداب.
- ٣- عرض أو بيع الصور والكتب والتسجيلات المرئية أو الصوتية المنافية للآداب الشرعية والمخالفة للعقيدة الإسلامية، اشتراكاً مع الجهات المعنية.
- ٤- منع دواعي ارتكاب الفواحش، كالزنا واللواط أو القمار أو إدارة البيوت أو الأماكن لارتكاب المنكرات والفواحش.

(المطلب الثاني) أهداف الضبط الإداري في الفقه

أولاً: المحافظة على الأمن والسلامة العامة: حرص الإسلام لإقامة مجتمع مثالي عمله على تحقيق الأمن والسلامة العامة لجميع أفراد المجتمع، ومن أجل تحقيق هذا الهدف أنيط بالمحتسب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومراقبة أفعال الناس، وإرشادهم حتى تكون وفق أحكام الشريعة، وللمحتسب أن يواجه كل حالة من شأنها المساس بأمن المجتمع وإلحاق الضرر به، ولو لم تكن معصية، كحبس من اشتهر عنهم الاعتداء على العرض أو المال تعزيراً لهم كذلك منع الاجتماعات المشبوهة، ومنع المخالفات الشرعية باعتبارها من المنكرات الواجب تجنبها، كمنع الاجتماعات المشبوهة بالزنا أو معاقرة الخمر أو لعب الميسر.

كذلك يلزم المحتسب في سبيل تحقيق السلامة العامة حث الناس على

احترام الطريق، وذلك حرصاً على سلامة الآخرين ومساعدتهم ودفع الأذى عنهم وتطبيقاً لقول المصطفى ﷺ في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: ((إياكم والجلوس على الطرقات، قالوا: يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها، قال رسول الله ﷺ: إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه، قالوا: وما حقه؟ قال: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) سبق تخريجه.

كذلك يلزم المحتسب في سبيل تحقيق سلامة الناس وأمنهم المرور على الأسواق، ومراقبة الأسعار، وسلامة المكايل والموازين، ونظافة المعروض من الطعام والشراب، والتأكد من نظافة البائعين والأواني التي يستخدمونها.

ثانياً: المحافظة على السكينة العامة والآداب العامة والصحة العامة:

حثت الشريعة الإسلامية في نصوصها على المحافظة على السكينة العامة، ونهى الشارع الحكيم عن الضوضاء والصخب ورفع الصوت؛ مراعاةً للغير واحتراماً للمشاعر الإنسانية، فقال تعالى: (وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ وَلَا تَمْشِ فِي الْأَرْضِ مَرَحًا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ (١٨)) وأقصدُ في مَشِيكَ وَأَغْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ سورة لقمان، الآيتان (١٨-١٩).

وأما في مجال المحافظة على الآداب العامة فقد وردت النصوص من القرآن والسنة تحث على الالتزام بالآداب العامة، منها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ

قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً سورة الأحزاب، الآية (٥٩). وقوله ﷺ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: ((لعن رسول الله ﷺ المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهون من الرجال بالنساء) أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث (٥٨٨٥)،

كذلك فهي الإسلام عن استعمال الطريق في الأغراض المنافية لآداب العامة، حيث روى الإمام مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((اتقوا اللعانين، قالوا: وما اللعانان يا رسول الله؟ قال: الذي يتخلى في طريق الناس أو في ظلهم)) أخرجه مسلم في صحيحه ، رقم الحديث (٦١٨) .،

كذلك فهي عليه الصلاة والسلام أن يبال في الماء الراكد أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث (٢٣٩) .،

وأما في مجال المحافظة على الصحة العامة فقد أولاهما النظام الإسلامي أهميتها، وسعى إلى تحقيق هذا الهدف، فنهى عن إلقاء القاذورات في الشوارع والطرق، وحث على المحافظة على النظافة منها: قوله تعالى: (أَتَقُمْ فِيهِ أَبَداً لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ (١٠٨)) سورة التوبة، الآية (١٠٨). وقوله ﷺ: ((الطهور شرط الإيمان)) أخرجه مسلم في

صحيحه رقم الحديث (٥٣٤)،.

ثالثاً: المحافظة على سلامة المعاملات: في مجال المعاملات التي هي أساس الاقتصاد، حثّ الإسلام على ضرورة مراعاة الصدق والأمانة والوفاء وحسن المعاملة باعتبار ذلك كله من الأصول التي يقوم عليها التعامل في سائر الأحوال.

فأما الصدق فقد أمر الله به في قوله سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ) (١١٩) سورة التوبة، الآية (١١٩). وأما الأمانة فأمر الشارع بها وحث على الاتصاف بها في قوله سبحانه: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً سورة النساء، الآية (٥٨). وأما الوفاء وحسن المعاملة فقد حث عليها القرآن في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) سورة المائدة، الآية (١)..

وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال: ((لا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تجسسوا وكونوا عباد الله إخواناً)) أخرجه مسلم في صحيحه ، رقم الحديث (٦٥٣٦)،.

وقد أخرج الإمام مسلم عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي أن النبي ﷺ قال: ((من احتكر فهو خاطئ)) أخرجه مسلم في صحيحه ، رقم الحديث (١٢٩).

كذلك حرم الإسلام الغش والخداع في التعامل، وجعل للمحتسب سلطة الكشف عن الغش وردع الغاش وتعزيره وتغريمه، قد جاء في الحديث الشريف النهي عن الغش في قوله ﷺ: ((من حمل علينا السلاح فليس منا، ومن غشنا فليس منا)) أخرجه مسلم في صحيحه رقم الحديث (١٦٤).

كذلك هي الإسلام عن النجش في الكيل والميزان، قال تعالى: (وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ) سورة هود، الآية (٨٥)

المطلب الثالث: مقارنة بين أهداف الضبط الإداري في النظام والفقهاء

ظهر من خلال العرض السابق تميز النظام الإسلامي عن مثيله في النظم الوضعية من حيث المجال والطبيعة والقائم على الضبط.

فمن حيث المجال نجد أن الضبط في الإسلام أشمل وأوسع من الضبط في النظم الوضعية، ذلك أن الضبط في النظام الإسلامي يسعى إلى تحقيق المقاصد الشرعية من خلال التضامن في تنفيذ أوامر الله والامتناع عن نواهيه، بخلاف النظم الوضعية التي تستهدف المحافظة على النظام العام فقط.

ومن حيث الطبيعة فطبيعة الضبط في النظام الإسلامي فرض كفاية، إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، وإن تركوه جميعاً أثموا. أما الضبط في النظم الوضعية فقد اختلف في تحديدها، فهناك من رأى أنه ذو طبيعة

إدارية، وآخرون رأوه ذو طبيعة سياسية، وفريق ثالث جعلوه ذو طبيعة محايدة.

أما من حيث الاختصاص فالمختص بالضبط في الإسلام هو الفرد المسلم المكلف العادل، ولا يقتصر الأمر على ممثلي السلطة التنفيذية، بينما نجد المختص بالضبط في النظم الوضعية هم أعضاء السلطة العامة.

ورغم هذا الاختلاف بين الضبط الإداري في النظام الإسلامي والضبط الإداري في النظم الوضعية إلا أن الغايات بينهما تتشابه إلى حد بعيد، ذلك لأن وظيفة الحسبة تقوم على النظر فيما يتعلق بالنظام العام والآداب مما لا ينبغي لأحد مخالفته أو الخروج عليه، ومن ثم فالحسبة هي وظيفة الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

المبحث الثالث حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية، وفيه مطالب:

المطلب الأول: حدود سلطات الضبط الإداري في النظام.

أولاً: مبدأ المشروعية: يكاد يتفق أهل القانون على أن مبدأ المشروعية يعني سيادة حكم القانون، وتحقق سيادة القانون بخضوع الإدارة والدولة بصفة عامة للقانون، بحيث تكون تصرفاتها الإيجابية والسلبية في حدود النظام القانوني في الدولة، أيًا كان مصدرها وشكلها، وسواء كانت مدونة أم غير مدونة.

وبناءً على ما سبق فإن مبدأ المشروعية باعتباره حدًا أعلى على سلطان الحكم، وتصرفات هيئات الضبط والهيئات العامة الأخرى يستقر على العناصر التالية:

- الالتزام بالنظام الطبيعي وما يخرجه حسب ظروف الزمان والمكان من مبادئ قانونية عامة.

- الالتزام بالمشروعية الوصفية التي تستقر على مبدأ سيادة الدستور والتشريع.

وتأسيساً على ذلك، لا يجوز في جميع الأحوال أن تخالف الإدارة عن طريق أساليب الضبط الإداري قاعدة عليا، سواء أكانت هذه القاعدة دستورية أم تنظيمية، أم كانت لائحة صادرة من سلطة أعلى من السلطة التي تتخذ الإجراء.

وبالنسبة للمملكة العربية السعودية فالإدارة تلتزم فيها بتطبيق مبدأ

المشروعية كغيرها من الدول، إلا أن المصادر المشروعية فيها تختلف، فالشريعة الإسلامية هي المصدر الأول من مصادر المشروعية، وهي تعلق ولا يعلى عليها، كما تلتزم الإدارة فيها بكل ما ورد بالمصادر الأخرى وفقاً للترتيب التالي، وذلك إعمالاً لمبدأ أولوية تطبيق الشريعة الإسلامية.

ومصادر المشروعية مرتبة في المملكة العربية السعودية تتمثل فيما يلي:

- ١- الشريعة الإسلامية.
- ٢- الأنظمة.
- ٣- اللوائح.
- ٤- القرارات الإدارية.
- ٥- العرف.

ويبدو ومن خلال هذا العرض لمصادر المشروعية في المملكة تميزها عن غيرها من الدول من خلال خضوع الإدارة في جميع أعمالها للشريعة الإسلامية، وأنها الحاكمة على جميع الأنظمة في المملكة المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

ثانياً: الالتزام بقاعدة تخصيص الأهداف: لا بد أن تستهدف قرارات الضبط الإداري المحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة، وإذا خرج القرار عن

هذه الغاية فإننا نكون أمام قرار معيب بعيد الانحراف، حتى ولو كان هدف القرار مشروعاً في ذاته فلا يجوز استخدام أساليب الضبط الإداري لزيادة موارد المدينة أو نشر الثقافة أو غير ذلك من الأهداف الحميدة.

ويمكن استنتاج الهدف المخصص من قصد المنظم إدراج النظام مع الاستعانة بالأعمال التحضيرية والملابسات التي أحاطت بالنظام إذا لم يصرح عن الهدف.

ثالثاً: ملائمة الأسلوب لأسباب التدخل: حيث ينظر القضاء في ملائمة القرار للظروف التي صدر فيها ومدى لزومه لصيانة النظام العام لمواجهة ظروف غير خطيرة.

وبعبارة أخرى فإن سلطات الضبط هي باستمرار سلطات مقيدة، ولا يمكن أن تكون تقديرية بحال من الأحوال.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن أساليب الضبط للمحافظة على النظام العام تختلف في الظروف العادية تبعاً لظروف الزمان والمكان التي تباشر فيها تدابير الضبط الإداري كما تختلف باختلاف مراتب الحرية التي تحددها.

ففيما يتعلق بالزمان تختلف سلطات الضبط من ساعة إلى أخرى، كما تختلف بحسب ما إذا كان القيد الوارد على الحرية مؤقتاً أو دائماً، وهنا ينبغي التمييز بين اللوائح التي تفرض تنظيماً مؤقتاً وتلك التي تفرض تنظيماً

دائماً، فالأولى بحكم كونها مؤقتة تزول بعد مدة يكون تنظيمها مشدداً؛ لأنه قد دعت إليه ظروف خاصة تبرره.

أما الثانية وهي اللوائح الدائمة التي لها صفة الدوام والاستقرار، فقيودها تكون أقل شدة لما فيه من تهديد دائم الحريات.

أما فيما يتعلق بالمكان فكذلك تختلف إجراءات الضبط باختلاف المكان، فما يعتبر مشروعاً من إجراءات الضبط في مناطق الحدود قد لا يعتبر كذلك داخل المدن، وكذلك ما يعتبر مشروعاً داخل الأماكن الخاصة قد لا يعتبر كذلك في الطريق العام.

كذلك تختلف أساليب الضبط للمحافظة على النظام العام باختلاف مراتب الحرية التي تحددها، فإذا كانت ممارسة النشاط الفردي استعمالاً لحق من الحقوق العامة أو لإحدى الحريات التي كفلها الدستور، كانت الإدارة مقيدة في استخدام وسائل الضبط الإداري تقييداً كبيراً.

رابعاً: شروط إجراءات الضبط الإداري:

الشرط الأول: أن يكون التدبير الضبطي متصفاً بالعمومية محققاً للمساواة؛ والمقصود بهذا الشرط حتى يكون التدبير الضبطي مشروعاً هو اتصافه بالتجريد في مواجهة الأفراد؛ لأن هذه الصفة هي التي تمنع التمييز بين حالة متشابهة وأخرى بما تدخل في مجال تطبيقه.

فالتدبير الضبطي لا يمكن أن يكون إلا تدبيراً عاماً مجرداً يشمل كل من توافر فيه صفة بعينها لا إلى شخص بعينه، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها.

ومما يترتب على كون التدبير الضبطي عاماً مجرداً التزام الأفراد طواعية بالخضوع إليه لشعورهم بأنه لا يستهدفهم شخصياً، وأنه يستهدف المحافظة على أمن المجتمع والذي يحقق في النهاية أمنهم.

الشرط الثاني: اتصافه بالموضوعية والحياد: فلا تتخذ هيئات الضبط الإداري إجراء فيه جور على فرد على حساب الآخر أو دون الآخر أو تخرج من غاية إلى أخرى غير التي يتبعها التصرف قانوناً، بل يجب أن يصدر القرار الضبطي غير مميز، وقائم على إجراء تنفيذي محايد.

وثمة سؤال هنا وهو: كيف يتحقق هذا الشرط؟ والجواب عن هذا السؤال: هو بضرورة كون هيئات الضبط مستقلة عن أي جهاز إداري أو تنفيذي آخر، وأن يتم تشكيل أجهزتها بوسائل تجعلها مستقلة عن السلطة السياسية وأن يراعى عدم تأثرها بنفوذ السيادة، إضافة إلى ضرورة تحقيق التخصص داخل أجهزة الضبط نفسها.

الشرط الثالث: كونه مجددياً: لأن هيئات الضبط تتخذ عادة التدابير الكفيلة ببدء الإخلال بالنظام ولذلك اشترط القضاء أن يكون التدبير ضرورياً وسيأتي ذكره فيما يلي.

الشرط الرابع: كونه ضرورياً ومتناسباً مع جسامة الإخلال بالنظام: يجب أن يكون التدبير ضرورياً ولازماً لدرء الإخلال بالنظام العام والضرورة هنا تقدر بجسامة التهديد الذي يخشى منه على النظام العام. وتأسيساً على ذلك فإن من مقتضيات تحقق شرط الضرورة أن يكون ما ينطوي عليه التدبير الضبطي من تقييد للحرية متناسباً مع جسامة الإخلال بالنظام الذي يقصد إلى توقيه.

الشرط الخامس: عدم فرض وسيلة معينة على الأفراد لمواجهة الإخلال بالنظام:

يجب على هيئات الضبط الإداري اكتفاءها بلفت نظر الأفراد إلى كل ما من شأنه تهديد النظام العام، والعمل على إزالة أسباب هذا التهديد، ثم ترك لهم حرية اختيار الوسيلة الموصلة إلى تجنب الاضطراب، وإذا ما تجاوزت هيئات الضبط ذلك التوجيه، وتدخلت بفرض وسيلة معينة كان في ذلك مساس بالحرية لا يقتضيه النظام العام.

وقاعدة حرية الأفراد في اختيار الوسيلة لتجنب الإخلال بالنظام لا تطبق على إطلاقها، بل ترد عليها بعض الاستثناءات وهي:

١- لا تطبق هذه القاعدة إذا كان من الواجب اتخاذ تدابير موحدة

لاتقاء الخطر.

٢- لا يمكن تطبيق القاعدة عند الخشية من اضطراب خطير أو مواجهة خطر محقق جسيم.

٣- كذلك لا يطبق في حال الاستعجال.

٤- لا يجوز ترك حرية اختيار الوسيلة للأفراد إذا لم توجد إلا وسيلة واحدة فعالة.

٥- لا تطبق القاعدة السابقة إذا وجد نص نظامي ينص على استخدام وسيلة بعينها لتجنب خطر الإخلال بالنظام العام.

الشرط السادس: ألا يؤدي إلى المنع المطلق للحرية: ليس لسلطة الضبط أن تعطل أو تلغي ممارسة الحرية بصورة مطلقة؛ لأن هذا المنع للحرية لم يلق مطلقاً أي تأييد من جانب القضاء الإداري، وأقصى ما يباح لسلطة الضبط هو تعطيل ممارسة الحرية لفترة مؤقتة تزول بزوال مقتضياتها.

المطلب الثاني: حدود سلطة الضبط الإداري في الإسلام

أولاً: الالتزام بمبدأ الشرعية: وهذا يعني التزام أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية من قبل سلطة الضبط الإداري في الإسلام أثناء التدخل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فإذا خرجت عن هذه الأحكام فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وحينئذ لا طاعة لهذه السلطة لأن الحكام والمحكومين متساوون أما أحكام الشرع، فلا امتياز لأحد على أحد إلا بالتقوى، يقول تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ سورة الحجرات، الآية (١٣)..

ويؤكد هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام في خطبة الوداع: ((ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا أحر على أيهم ولا أيهم على أحر فضل إلا بالتقوى)) رواه أحمد في المسند، (٤١١/٥)..

وقد دلت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على هذا المبدأ في آيات كثيرة، كذلك دلت سير الصحابة رضي الله عنهم على تطبيقهم لهذا المبدأ في صور كثيرة، وفيما يلي بيان ذلك:

- فمن القرآن الكريم: قوله تعالى: (وَلَا تَهِنُوا فِي ابْتِغَاءِ الْقَوْمِ إِن تَكُونُوا تَأْلَمُونَ فَإِنَّهُمْ يَأْلَمُونَ كَمَا تَأْلَمُونَ وَتَرْجُونَ مِنَ اللَّهِ مَا لَا يَرْجُونَ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا سورة النساء، الآية (١٠٥).

- ومن السنة النبوية: قوله ﷺ: ((لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق))
رواه أحمد في المسند، مرجع سابق، (٦٦/٥)، وإسناده ضعيف، انظر:
شرح السنة للبغوي (١٠/٥٤٤).

وقوله ﷺ: ((على المرء السمع والطاعة فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر
بمعصية فلا سمع ولا طاعة)) أخرجه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث
..(٧١٤٤).

وفهم هذا المعنى من قصة معاذ بن جبل رضي الله عنه حينما بعثه ﷺ إلى
اليمن ليعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضي بينهم، فسأله رضي الله عنه: ((م
تقضي إذا عرض لك القضاء؟)، قال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في
كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟
قال: أجتهد رأي ولا آلو، فقال رضي الله عنه: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما
يرضى الله ورسوله)) رواه أبو داود في سننه ، رقم الحديث (٣٥٩٢)،
وقال بعضهم: "إسناده ضعيف جداً"، ولكن صحَّحه ابن القيم وانتصر له
في كتاب (إعلام الموقعين) فارجع إليه، (٢٠٢/١).

فيستفاد من أقوال المصطفى رضي الله عنه حرصه على وجوب خضوع
الحكام لأحكام الشرع، وأن طاعتهم واجبة ما حكموا بالشرع، فإن
خرجوا عن حدود الشرع فلا طاعة لهم، وعملهم باطل، وذلك تطبيقاً
لقول المصطفى رضي الله عنه: ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)) أخرجه

البخاري في صحيحه رقم الحديث (٢٥٥)..

- ومن فعل الصحابة رضي الله عنهم: فعل أبو بكر الصديق رضي الله عنه حينما صعد على المنبر عقب اختياره خليفة للمسلمين، فبدأ خلافته بكلامه المشهور: "إني وليت عليكم، ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني، الصدق أمانة والكذب خيانة، الضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له إن شاء الله...، أطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإن عصيته فلا طاعة لي عليكم

ثانياً: الشروط الخاصة بموضوع الضبط:

- أما الشرط الأول: وهو كونه منكراً

- أما الشرط الثاني: وهو كونه موجوداً في الحال أو متوقع الوجود

- الشرط الثالث: كونه ظاهراً: والمراد أن يكون المحتسب قد رأى المنكر وظهر له، أما ما لم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب البحث عنه، فمن ستر معصيته في داره وأغلق عليه بابه لا يجوز التجسس عليه، وقد فمى الله تبارك وتعالى عن ذلك، فقال سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا) سورة الحجرات، الآية (١٢). وقال عليه الصلاة والسلام: ((إياكم والظن فإن الظن أكذب

الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخواناً)) أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث (٥١٤٣).

إلا أن العلماء استثنوا من النهي عن التجسس إذا لم يكن طريق إلى إنقاذ نفس من الهلاك إلا بالتجسس.

– الشرط الرابع: ألا يكون الإنكار في مسألة اجتهادية مختلف فيها: فكل ما كان محل اجتهاد بين العلماء فلا أمر فيه بمعروف ولا نهي فيه عن منكر، وهذا الاجتهاد بين العلماء قد يكون مرجعه إلى أحكام مصادرها نصوص ظنية الدلالة على أحكامها، وهذه فيها مجال الاجتهاد في حدود النص. وقد يكون الاجتهاد لا عن نص ولكن بتطبيق قواعد الشرع الكلية، فيكون بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فيما لا نص فيه بالقياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو غير ذلك من الوسائل التي أرشد الشرع إليها للاستنباط فيما لا نص فيه.

(المطلب الثالث) مقارنة بين حدود سلطات الضبط الإداري في النظام وفي الفقهاء نظر في سلطات الضبط الإداري في النظام نجد أن أبرز القيود الواردة على هذه السلطات هو الالتزام بمبدأ المشروعية وأن تكون الكلمة العليا للقانون.

كذلك يرد على هذه السلطات قيوداً أخرى وهو التزام الإدارة في قراراتها بتحقيق الأغراض التي قصدها المنظم من منحها تلك السلطة وأن تستهدف

المحافظة على النظام العام.

كذلك تقيد سلطات الضبط الإداري في النظام بقيد الملاءمة أي ملاءمة القرار للظروف التي صدر فيها. كذلك تقيد سلطات الضبط الإداري ببعض الضوابط والشروط الواجبة حتى يكون التدبير الضبطي مشروعاً، فلا بد من اتصافه بالتحديد في مواجهته الأفراد حتى تتحقق المساواة بينهم، وأن يتصف بالموضوعية، فإذا ما تخلف أحد هذه القيود الواردة على سلطات الضبط الإداري فإن هذا التصرف يعد غير مشروع، ويكون مشوباً بعيب من العيوب التي توجب إبطاله. أما بالنسبة للضبط الإداري في النظام الإسلامي فهو أيضاً مقيد بقيود، وحدود تلتزم بها الإدارة حتى لا تجور على الأفراد حتى لو كان تدخلها للأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، فالسلطة في النظام الإسلامي مقيدة بمبدأ المشروعية وهو التزامها بأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، والجميع يخضع لأحكام الشرع ويلتزم بها في النظام الإسلامي، وإلا عد غير الملتزم بها فاسقاً.

كما أن الشرع المطهر أورد بعض القيود على سلطة الضبط في النظام الإسلامي حتى في مجال الحسبة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كل ذلك صوتاً للحقوق، وحفاظاً على الحريات، فيلتزم القائم بسلطة الضبط بالألا يتدخل إلا إذا وجد المنكر، وراه المحتسب حال إقامة العاصي عليه، ومن غير تجسس عليه، وألا يكون إنكاره في شيء من المسائل الخلافية،

فإذا تحققت هذه الضوابط فيلزم المحتسب أن يتدخل لإنكار المنكر وإزالته وإن لم تتحقق فلا يأثم بتركه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ما دام أن الحال ما ذكر.

أما في الأنظمة الوضعية فالمبدأ من وضع البشر ولا يخفى ما في النفس البشرية من القصور والنقص والخلل والهدف القاصر على تحقيق المصالح الدنيوية ولذلك فالفرق واضح بين ما وضعه البشر وما وضعه رب البشر.

الفصل الثاني

أحكام الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية،

وفيه مباحث:

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية. وفيه مطلبان:
المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية في النظام.

لاشك أن مثل هذه الظروف تجعل سلطات الضبط الإداري تتسع من ناحيتين: اتساع تنظيمي يستمد من نصوص الأنظمة واللوائح، وقد جاء ذلك في النظام السعودي، حيث نص النظام الأساسي للحكم في المواد الحادية والستون والثانية والستون والثمانون على ذلك النظام الأساسي للحكم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ: أما الاتساع الآخر فهو اتساع قضائي يقصد به مراقبة القضاء لقواعد المشروعية الإستثنائية لا المشروعية العادية، فالقضاء الإداري متمثلاً في المملكة في ديوان المظالم يسطر رقابته على سائر القرارات الإدارية، فإذا ما تطلب الحال الخروج على بعض ما يتطلبه النظام في الظروف العادية كان للإدارة توسيع سلطاتها بالقدر الذي تتطلبه الظروف الإستثنائية، على أن

يستمر الأمر في ظل هذه الظروف كما كان في الظروف العادية تحت رقابة القضاء.

و من الممكن أن نصوغ تعريفاً يوضح مفهوم هذه النظرية، فنقول: هي نظرية قضائية مقتضاها أن تكون بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف؛ لكون تلك الإجراءات ضرورية لحفظ النظام العام أو لاستمرار سير المرافق العامة.

(المطلب الثاني) مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية في الفقه

أجازت الشريعة الإسلامية وأقرت اتخاذ بعض الإجراءات الإستثنائية التي يتطلبها الموقف، والكفيلة بتحقيق مبدأ رعاية مصالح الناس حتى ولو كان من شأنها تفويت الأحكام التي شرعها الله ابتداء لتكون نظاماً عاماً لكل المكلفين وفي جميع الأحوال، وذلك في حالة توافر ظروف استثنائية معينة يعتبرها الشارع الحكيم، ومثال ذلك: - قوله تعالى: (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ سورة البقرة، الآية (١٧٣)..

بل ذهب الشريعة إلى أبعد من ذلك حين أباح للمسلم أن يتلفظ بكلمة الكفر في حال الاضطرار أو الإكراه على ذلك، بالقتل أو بإتلاف بعض الأعضاء، حيث يقول تبارك وتعالى: (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ

أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَن شَرَحَ بِالْكَفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ
مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ سورة النحل، الآية (١٠٦).

كذلك جاءت السنة النبوية بمراعاة هذه الظروف الإستثنائية، حيث طبق
المصطفى ﷺ - وبصفته الحاكم الإداري- هذه النظرية حينما ((نهي عن
قطع يد السارق في حالة الغزو)) خرجه أبو داود في سننه ، رقم الحديث
(١٤٠٨).

كذلك راعت السنة النبوية الظروف الإستثنائية حينما قررت وجوب رفع
الضرر، ذلك أن اتباع الأحكام المقررة أصلاً للظروف العادية في حالة
الظروف الإستثنائية يُلحق بالشخص ضرراً، والشريعة لا تلحق الضرر
بالإنسان بل نصوصها وقواعدها العامة تأمر برفع الضرر وإزالته، حيث
يقول المصطفى ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) سبق تخريجه

ولقد سار الخلفاء الراشدون على نهج معلم الخيرية وقائد البشرية محمد بن
عبدالله ﷺ في مراعاة الظروف الإستثنائية والسيرة العطرة لهؤلاء العظماء
ملئمة بالمواقف والتي تثبت ذلك وتؤكدده، ومن ذلك: ما فعله الخليفة الراشد
عمر بن الخطاب رضي الله عنه بصفته الحاكم الإداري في ذلك الوقت، حينما نهى
عن قطع يد السارق في عام الرمادة، لما حلت بالجزيرة العربية حالة من
القحط والجاعة إبان خلافته

أما موطن حديث الفقهاء المسلمين عن هذه النظرية فإنهم لا يتحدثون عنها في نظام خاص يفصل كما هو الحال في النظام الإداري مثلاً، لكنهم يتحدثون عنها تحت مفهوم الضرورة، فهي ترادف الظروف الإستثنائية أو الطارئة في النظام، فالضرورة مشتقة من الضرر، وهو النازل بما لا مدفع له.

ولعل التعريف الشامل للضرورة هو أن يقال: هي حالة من الخطر أو المشقة الشديدة تطرأ على الإنسان بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعضو أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته، دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع.

ولعل هذا التعريف هو الراجح لعمومه وشموله.

أما معناها الخاص فهو يكمن في جواز اتخاذ بعض الإجراءات الإستثنائية التي يتطلبها الموقف، ولو كان من شأنها تفويت أو تأخير بعض الأحكام التي شرعها الله سبحانه ابتداءً لتكون نظاماً عاماً ملزماً لجميع المكلفين، وفي جميع الأحوال وذلك بشرط وهو توفر ظروف استثنائية معينة يعتبرها الشارع الحكيم تبرر هذا التفويت.

(المطلب الأول) أساس ودوافع نشأة الظروف الإستثنائية في النظام

اختلف الشراح حول الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه نظرية

الظروف الإستثنائية،

أولاً: ذهب فريق من الشراح إلى الربط بين فكرة الضرورة والظروف الإستثنائية، فيرى البعض بأن الظروف الإستثنائية هي عبارة عن "نظرية الضرورة نفسها"، وهذه النظرية تحتوي على توسيع سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية، وتشمل أيضاً توسيع سلطات الإدارة بصفة عامة للعمل على ضمان سير المرافق العامة. وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الضرورة

أما الاتجاه الآخر فيرى أن الأصول الفقهية في جميع الشرائع تقضي بأن الضرورات تبيح المحظورات، ولما كانت الدولة كشخص قانوني تقوم على حماية نظام اجتماعي معين في إطار الدستور والقوانين واللوائح، فإن على الدولة أن تلتزم بهذه الأنظمة في حالة الظروف العادية، ويكون لها أن تتحلل من التزاماتها القانونية في حالة الظروف الإستثنائية

ثانياً: أما الرأي الآخر فيرجع الأساس القانوني الذي تستند إليه نظرية الظروف الإستثنائية إلى (فكرة الاستعجال)، لأن الأساس الذي تستند إليه القرارات الإدارية في وقف القوانين وتعديلها هو (ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد)، والتي تنظمها القوانين؛ لأن ظروف الحرب قد تمنع تنفيذ بعض هذه القوانين وتعوق سير بعض هذه المرافق، والتي ينبغي دوام سيرها بانتظام واطراد.

ثالثاً: ويرجع البعض الأساس الذي تستند إليه نظرية الظروف الإستثنائية إلى (تفسير إرادة المنظم)، وذلك بقولهم بأن المنظم يسن القوانين لتحكم نشاط الإدارة في الظروف الطبيعية، فإذا ما طرأت ظروف استثنائية لم يتوقع المنظم كيفية معالجتها، ليضع لها الحلول مسبقاً، فهنا يكون في قدرة الإدارة اتخاذ ما تراه من تدابير عاجلة لمواجهة تلك الظروف.

رابعاً: يرى بعض الشراح أن الأساس الذي تستند إليه نظرية الظروف الإستثنائية هو فكرة (أن القانون وسيلة لا غاية) إذ يرون أن احترام الشرعية في الظروف غير العادية أو غير الطبيعية يؤدي إلى شلل الوظيفة الإدارية، وهنا يتعين علينا أن نختار بين أمرين:

الأول: إما احترام حرفية النصوص والالتزام الجاملد بالمشروعية، وفي ذلك إهدار لفاعلية الإدارة في مواجهة هذه الطوارئ الإستثنائية.

الثاني: هو التضحية بالشرعية لصالح الفاعلية. وقد قرر القضاء الإداري أن التنظيم الاجتماعي يهدف إلى المحافظة على بقاء الدولة وتوفير النظام الاجتماعي والأمن، ولاشك أنه مما يتمشى مع النظم الدستورية ويتفق وروح القوانين، أن يسمح للإدارة بأن تتجاوز مؤقتاً وظروف استثنائية عن القوالب القانونية الجاملدة، حتى لا تتعرض سلامة النظام العام للخطر، أي يضحى بالوسيلة (القانون) في سبيل الغاية (بقاء الدولة).

خامساً: يُرجع البعض الآخر الأساس الذي تستند إليه نظرية الظروف

الإستثنائية إلى (نظرية أعمال السيادة)، حيث يرى بعضهم أن أساس نظرية الظروف الإستثنائية يرجع إلى أعمال السيادة.

سادساً: يرى فريق آخر من الشراح أنه إذا كان يجوز للإدارة أن تواجه الظروف الإستثنائية بإجراءات مغايرة لمبادئ المشروعية المطبقة في ظل الظروف العادية حتى يمكن لها مواجهة هذه الأخطار ودفعها

سابعاً: ذهب فريق آخر من الشراح إلى أن الأساس الذي ترجع إليه نظرية الظروف الإستثنائية هو (فكرة النظام العام وواجبات السلطات الإدارية) في حفظه وضمان سير المرافق العامة. وأصحاب هذا الاتجاه قد أرجعوا الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الإستثنائية إلى فكرة المشروعية في ذاتها، إذ يرى أن نظرية الظروف الإستثنائية لا تقوم على أساس فكرة الضرورة، والتي يقتصر تطبيق هذه النظرية على نطاق البوليس الإداري فحسب؛ لأن نطاق نظرية الظروف الإستثنائية أوسع من نطاق تطبيق نظرية الضرورة، فقواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من مواجهة تلك الظروف، وذلك كله تحت رقابة القضاء الإداري وإشرافه.

إلا أن الأقرب أن نظرية الظروف الإستثنائية يرجع أساسها إلى فكرة واجبات السلطة الإدارية؛ لأن الإدارة ملزمة دائماً بأن تعمل على حفظ الأمن والنظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وذلك في

الظروف العادية، فإذا ما تبين لها أن هناك ما يخل بالأمن والنظام العام وكذلك عدم قدرة المرافق العامة للدولة على القيام بأداء واجباتها في ظل تطبيق القواعد القانونية العادية، فإن لها أن تتحلل من هذه القواعد ولو مؤقتاً وبالقدر اللازم -إذا ما حدثت ظروف أخرى استثنائية غير عادية- لمواجهة هذه الظروف، ولتمكين أجهزة الدولة من أداء دورها الطبيعي، وهي في ذلك تخضع لرقابة مجلس الدولة لتقرير ما يكون منها مشروعاً وما يكون غير مشروع.

المطلب الثاني: أساس ودوافع نشأة الظروف الإستثنائية في الفقه

يمكن القول بأن لأساس النظرية في الفقه الإسلامي مظاهر ثلاثة هي بمثابة قواعد شرعية لها سندها في النصوص الشرعية. وسيكون الحديث عنها على النحو التالي:

أولاً: الضرورات تبيح المحظورات.

ثانياً: المشقة تجلب التيسير.

ثالثاً: الضرر يزال. وهذه القواعد الثلاثة سندها النصوص التالية:

قوله تعالى: (فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٣) سورة المائدة، الآية (٣)، (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) سورة الحج، الآية (٧٨)، وقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) سبق تخريجه.

أولاً: الضرورات تبيح المحظورات: يثار سؤال وهو: ما هي درجة الضرورة التي تبيح إتيان المحظور، والجواب عن ذلك هو وجود حالة الضرورة بالمعنى الشرعي، وهو ما التجأ فيها المرء لتفويت الأحكام العادية لحفظ دينه أو نفسه أو ماله أو عقله أو نسله من الهلاك، ولذلك قرر الفقهاء وجوب العمل بالقواعد الإستثنائية (الرخصة)، وذلك في حالة ما إذا ترتب على العمل بالعزيمة ضرر يلحق بالمكلف، بل اعتبروا من لم يعمل بها آثماً إذا

تسبب تركه لها في إلحاق الضرر به ويمكن أن يستشهد لذلك بتصريف الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه - وهو الحاكم الإداري آنذاك- حيث لم يقم الحد على السارق في عام الرمادة؛ لأن هذا الفعل من السارق إنما كان لسد رمقه والحفاظ على نفسه، فهو فعلٌ محظورٌ لكنه أبيض للضرورة.

ثانياً: المشقة تجلب التيسير: هذه القاعدة تمثل مجالاً خصباً لنظرية الظروف الإستثنائية، فإذا ما حدث للدولة الإسلامية مشقة فلها أن تترك القواعد الملزمة في ظل الظروف العادية إلى أن تتخطى الدولة المسلمة هذه اللحظة العسيرة، وإذا ما نظرنا في كتاب الله وسنة رسوله صلوات الله عليه فإننا نجد أن لهذه القاعدة أصولها التي استنبطت منها هذه القاعدة كما في قول الله تعالى: ، (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) سورة الحج، الآية (٧٨) .،

بل إنه عليه الصلاة والسلام: ((ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً)) أخرجه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث (٢٥٤٢) .، وقوله صلوات الله عليه: ((يسروا ولا تعسروا)) أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث (٦٩) .

ثالثاً: الضرر يراهذه القاعدة متفرعة من حديث الرسول صلوات الله عليه: ((لا ضرر ولا ضرار)) سبق تخريجه ، والذي اشتقت منه القاعدة الفقهية المشهورة: لا ضرر ولا ضرار.

فلو قامت الإدارة بتطبيق النظام العام الملزم للأفراد في حالة الظروف

العادية في حالة نشوء ظروف استثنائية فإن ذلك فيه إضرار بالأفراد، وهنا يجب على الإدارة أن تزيل الضرر عن الأفراد وذلك بترك أحكام النظام العام المعدّ سلفاً للتطبيق في ظل الظروف العادية، وتلجأ إلى قواعد استثنائية تعالج بها الموقف إلى أن تنتهي هذه الحالة الصعبة التي تمر بها الدولة، ومن ثمّ تعود إلى القواعد الأصلية التي تحكم الظروف العادية.

المبحث الثالث شروط نظرية الظروف الاستثنائية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط نظرية الظروف الاستثنائية في النظام

الشرط الأول: قيام ظرف استثنائي:

الشرط الثاني: تعذر مواجهة الظرف الاستثنائي باتباع الوسائل الاعتيادية:

الشرط الثالث: أن يكون هدف الإدارة تحقيق المصلحة العامة.

الشرط الرابع: أن تكون ممارسة السلطة الاستثنائية بقدر ما تطلبه
الضرورة:

(المطلب الثاني) شروط نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه

فبالنسبة لشروط هذه النظرية في الفقه الإسلامي فإنه يمكن حصرها
إجمالاً في الشروط التالية:

لشرط الأول/ التحقق من قيام الظرف الطارئ بمعناه الشرعي.

الشرط الثاني/ أن يكون تطبيق الأحكام الاستثنائية بالقدر اللازم لدفع
الخطر أو المشقة.

الشرط الثالث/ أن تزول تلك الأحكام الاستثنائية بزوال حالة الضرورة.

ومن خلال ما سبق يظهر لنا أن سلطة الإدارة في النظام الإسلامي

في ظل الظروف الاستثنائية ليست مطلقة بل هي مقيدة كما هو الحال

بالنسبة لسلطة الإدارة في النظم الوضعية، وهذه القيود والشروط المفروضة على الإدارة في ظل الظروف الإستثنائية يتم من خلالها التحقق من صحة تصرف الإدارة أو خطئه وبالتالي -في حال الخطأ- الحكم بإلغائه أو التعويض عنه.

المبحث الرابع: حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف

الإستثنائية

أولاً: الضرورات تقدر بقدرها سواء من الناحية الزمنية أو من ناحية جدوى ومدى الإجراء المتخذ.

ثانياً: تخضع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الإستثنائية للرقابة القضائية.

وبالإضافة إلى ما سبق رتب القضاء قيوداً أخرى لهذه النظرية كما يلي:

ثالثاً: وفي إطار هذه الرقابة القضائية لسلطات الضبط في الظروف الإستثنائية على هيئات الضبط الإداري أن تثبت أن هناك ظروفًا إستثنائية لم تتضمنها القوانين العادية أو القوانين الإستثنائية ويجب أن يقتنع القاضي الإداري بوجود تلك الظروف.

رابعاً: وكما هو الشأن في مشروعية أي تصرف إداري ينبغي أن يكون الغرض من الإجراء الاستثنائي هو حماية النظام العام أو سير المرافق العامة

خامساً: تمتد الرقابة لتبين الاستحالة على السلطة الإدارية من العمل وفقاً للأنظمة أي أن الأجراء الاستثنائي هو الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر.

سادساً: قد يؤدي التجاء الإدارة إلى استخدام (سلطات الظروف الاستثنائية) إلى التزامها بتعويض المضرور من إجراءاتها التي تتخذها استناداً إلى هذا الأساس، وذلك حتى لو حكم القاضي بسلامة تلك الإجراءات.

سابعاً: يترتب على الظروف الاستثنائية اتساع في مضمون الشرعية بالنسبة للإجراء الضبطي وعدم الالتزام تماماً بقواعد الإجراءات الجنائية بصدد ضمانات المتهم لمواجهة خطورته على النظام العام بحيث يمكن أن يعتمد في الإجراء على قيام الشبهة الجدية لا الدليل الحاسم للقبض على المتهم.

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية،
وفيه مبحثان:

المبحث الأول: رقابة الإلغاء.

المطلب الأول: رقابة الإلغاء في النظام

أولاً: رقابة الإلغاء: تنصب دعوى الإلغاء على شرعية القرار الإداري، وتتركز مهمة القاضي في هذه الدعوى في بحث مشروعية القرار المطعون فيه لمعرفة ما إذا كان مشروعاً أم لا، فإذا ثبت من البحث أن القرار غير مشروع تعين الحكم بإلغائه.

والرقابة القضائية لأعمال الإدارة في الظروف العادية والإستثنائية رقابة شرعية ومشروعة، والشرعية تعنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، فهي المثل الأعلى الذي يتوخاه واضع النظام ويعمل على تحقيقه إذا أراد الارتفاع بمستوى ما يصدر من نظم.

فالقاضي الإداري في ظل ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ يتمتع بالحقوق والضمانات المقررة للقضاة

ويلتزم بما يلتزم به القضاة من واجبات وفقاً لصريح نص المادة الأولى من النظام، ويكمل حكم هذه المادة نص المادة الأولى من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ التي تقضي بأن (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء)، ومن ثم فإذا صدر قرار خلافاً لحكم شرعي سواء في ظل الظروف العادية أو الإستثنائية تعين إلغاؤه أو عدم اعتباره لكونه قراراً معدوماً

ومن المقرر في الفقه والقضاء الفرنسي أن القاضي الإداري في قضاء الإلغاء لا يستطيع أن يحل محل الإدارة باتخاذ القرار السليم تنفيذاً لحكم الإلغاء، وما عليه الوضع في المملكة العربية السعودية ممثلة في المحاكم الآن التابعة لديوان المظالم، حيث تباشر تلك المحاكم النظر في القضايا المرفوعة إليها، وفي حال ثبوت خطأ الإدارة تحكم بإلغاء القرار فقط، دون أن تحكم بالقرار الصحيح، بل تعيد القضية إلى جهة مصدرة القرار لتقرر هي بشأنه ما تراه مناسباً.

ومما يلزم التنبيه عليه أن المنظم السعودي رغم أنه قد وضع تنظيمًا لحالات الطوارئ في حال حدوثها -نسأل الله العفو والعافية- سائراً في ذلك حسب المنهجية النظامية الصحيحة في تنظيم مثل هذه الحالات حال حدوثها، وهو ما يعني أن الرقابة القضائية تشمل أيضاً حالة الظروف الإستثنائية فهي تراقب أعمال الإدارة في ظل هذه الظروف هل هي موافقة

للأنظمة الموضوعية لمثل هذه الحالات أم لا؟

إلا أنه وبحمد الله ومنذ إصدار تلك الأنظمة المواد (٦١) و (٦٢) و (٨٢) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، ونظام مجلس الأمن الوطني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٢٩٦) وتاريخ ١٣/٩/١٤٢٦هـ. المنظمة لهذه الحالات لم تتعرض المملكة لأي حالة طوارئ نتج عنها إعلان حالة الطوارئ والله الحمد، مما يعني قلة وجود تطبيقات لهذه الحالات على مستوى الإجراءات التي تتخذها الإدارة في هذه الحالة، وبعبارة أخرى أي ندرة أعمال الضبط الإداري في حالة قيام حالة الطوارئ.

ورغم هذه الأسباب السابقة فلا نفهم من ذلك انعدام الرقابة على أعمال الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية بل هي موجودة وقائمة، والنصوص النظامية التي جعلت للديوان أن ينظر في أعمال الإدارة في حالة الظروف العادية شاملة أيضاً للظروف الإستثنائية، فالنص النظامي وهو المادة الثالثة عشر من نظام الديوان جاءت عامة، ولم تفرق بين حالة وأخرى، حيث نص النظام على ما يلي: [المادة الثالثة عشرة: تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي:- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ

في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية، والمجالس التأديبية، وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام -وما في حكمها- المتصلة بنشاطاتها، ويعدّ في حكم القرار الحكمي رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح.

وقد وجدت حكماً صادراً من الديوان يؤكد الكلام السابق وهو أن الديوان يسط رقابته على أعمال الضبط الإداري عموماً الحكم رقم (١٤٢/د/١/١٤٢) لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم (١٩/١/ق) لعام ١٤٢٨هـ.: وملخص هذه القضية: (أن اثنين من سكان منطقة القصيم تقدما بلائحة دعوى ضد مصلحة المياه بالقصيم مفادها: أنه سبق لمصلحة المياه بالقصيم أن قرّرت نقل وحفظ النفايات المشعة من محطات تنقية المياه بالمنطقة إلى موقع مجاور لمزارعهم في الشماسية بحجة أن حفظها بمدينة بريدة يشكل خطراً على المواطنين وأنه سبق أن رفع المواطنون تظلماتهم إلى أمير منطقة القصيم، إذ لا يعقل أن تعالج مشكلة بعض المواطنين على حساب البعض الآخر، فصدر توجيه بإيقاف نقلها، إلا أن المقاتل استأنف النقل، وطلب المدعيان بصفة عاجلة إيقاف ذلك والنظر في إلغاء القرار الصادر بطمر النفايات بالموقع المجاور لهم). وبعد عدة جلسات أصدرت الدائرة حكمها في القضية، حيث جاء فيه:

[لما كان المدعيان قد حصرا دعواهم بطلب إلغاء قرار المدعى عليها بالامتناع عن إزالة المخلفات وإلزامها بنقلها إلى مكان آخر نظراً لخطورتها على صحة الإنسان والحيوان والنبات، وبما أن المدعى عليها أجابت عن كما سلف بيانه. وبما أن نظر الدعوى والفصل فيها يدخل في نطاق الولاية القضائية لديوان المظالم وفقاً لنص المادة ١٣/ب من نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨/م) لعام ١٤٢٨هـ، ولما كان المدعيان قد تقدما بدعواهما خلال المدة المحددة نظاماً بموجب قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ لعام ١٤٠٩هـ فإن الدعوى تكون مقبولة شكلاً.]

وفي الموضوع فإنه ولما كان طلب المدعين إزالة نفايات محطات تنقية المياه التي قامت بطمرها المدعى عليها بالقرب من مزارعهم مبني على أساس أن هذه النفايات هي نفايات مشعة وتلحق ضرراً بالبيئة والموارد المائية، وأنها تشكل خطراً على صحة الإنسان والحيوان والنبات، ولما كان مرد ومرجع إثبات هذا الضرر أو نفيه هم أهل الخبرة في هذا المجال، فقد كتبت الدائرة إلى مدينة الملك عبدالعزيز للعلوم والتقنية بحسبها إحدى الجهات العلمية المتخصصة في هذا المجال من أجل رأيها كجهة خبرة متخصصة في ذلك، وقد ورد رأي المدينة إلى الدائرة بخطابها رقم ١٤٩١٠٠/م/١٠ وتاريخ ١٤٢٩/٤/٩هـ والذي تبين للدائرة منه أن هذه النفايات لها أضرار حتمية مباشرة على الإنسان عند تعرضه لمستوى

جرعات إشعاعية محددة وحادة، كما أن لها أضرار احتمالية يزداد احتمال وقوعها عند زيادة مستوى التعرض الإشعاعي مثل الإصابة بالسرطان، وأن هذه الأضرار لا تظهر في الحال بل تظهر بعد مرور فترة من الزمن. ولما كان تقرير مدينة الملك عبدالعزيز للعلوم والتقنية سالف الذكر قد أثبت خطر النفايات محل الدعوى، كما أثبت عدم ملائمة الموقع الذي تم اختياره لطمر هذه النفايات. ولما كان الحال ما ذكر من ثبوت خطر هذه النفايات وعدم ملائمة الموقع الذي تم طمرها فيها؛ ولأن القاعدة الشرعية تنص على أنه (لا ضرر ولا ضرار) لذا فإنه يتعين المدعى عليها بإزالة النفايات التي تم طمرها في الموقع محل الدعوى - شرق وادي الظليم بمنطقة القصيم- إلى مكان آخر تتوافر فيه الشروط المطلوبة لطمر مثل النفايات الخطرة وهو ما تحكم به الدائرة. فلهذه الأسباب حكمت الدائرة: بإلغاء قرار المدعى عليها: المديرية العامة للمياه بمنطقة القصيم بالامتناع عن إزالة المخلفات وإلزامها بنقلها من مدفنها الحالي الواقع شرق وادي الظليم إلى مكان مناسب]

المطلب الثاني : رقابة الإلغاء في الفقه يمكن القول بأن الرقابة القضائية في الإسلام المتمثلة في نظام قضاء المظالم قد مرّت بمرحلتين:

أولاً: مرحلة القضاء الموحد: في صدر الإسلام الأول كان النبي ﷺ يباشر القضاء بنفسه دون أي تفرقة بين أنواع المنازعات والمشاكل. ولم يكن هناك حاجة إلى قضاء متخصص للمظالم في تلك الفترة التي تبدأ من عصر الرسول ﷺ إلى عهد عبدالمملك بن مروان الذي يمكن اعتباره أول من باشر قضاء المظالم على وجه التخصص.

ثانياً: مرحلة القضاء المزدوج: في هذه المرحلة أصبح قضاء المظالم ولاية منفصلة عن ولاية القضاء يختص بنظر نوع معين من المنازعات والمشاكل، ويباشرها الخلفاء أو نوابهم. خصص خلفاء بني أمية بعض الوقت لسماع الشكاوى والنظر في المظالم، وكان أول من فعل ذلك من خلفاء بني أمية عبدالمملك بن مروان الذي أفرد يوماً خاصاً للنظر في شكاوى المتظلمين وتصفح قصصهم، وكان إذا وقف منعها على مشكل أو احتاج فيها إلى حكم رده إلى قاضيه أبو إدريس الأزدي، فينفذ فيه أحكامه، فكان أبو إدريس هو المباشر وعبدالمملك هو الأمر.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن قضاء المظالم وباعباره قضاء متخصص يختلف عن القضاء العادي حيث يتولاه أناس قادرين لهم من السطوة والهيبة ما يقود المتظلمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن

التجاحد بالهيبة وهو ما كان قائماً في الدولة الإسلامية لكونه من قوانين العدل وقواعد الملك ووسيلة ناجعة لرد الظلم الذي نُمى عنه الشارع وذمه وكرر الوعيد فيه

المبحث الثاني رقابة التعويض، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رقابة التعويض في النظام. نصّت المادة الثالثة عشر من نظام ديوان المظالم في الفقرة (جـ) على أن يختص ديوان المظالم بالفصل في دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية المعنوية العامة المستقلة بسبب قراراتها أو أعمالها. كما يختص بالفصل في الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها.

وقد نبهت المذكرة الإيضاحية إلى أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً بما في ذلك عقود العمل، وهذه الأحكام يجمعها تقرير مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية والتعاقدية. ومن مظاهر ولاية القضاء الكامل تصدي الدوائر القضائية لإلغاء القرارات الإدارية التي اتخذتها الإدارة بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها.

وتنحصر مسؤولية الدولة عن أعمالها المادية ومسئوليتها عن الخطأ العقدي في تعويض الضرر، ولهذا نجمع الحديث في هذا الباب تحت عنوان قضاء التعويض.

ولا تتحقق مسؤولية الإدارة بمجرد حصول الخطأ أو الخطر، وإنما يتعين وجود ضرر خاص معين يمس المركز الشرعي للمتضرر ويكون قابلاً للتقويم المادي تقويماً محدداً ودقيقاً يستوجب التعويض النقدي، شرط أن يكون هذا الضرر مرتبطاً بالخطأ المصلحي أو بالخطر ارتباط النتيجة بأسبابها المباشرة. وحيث أن ديوان المظالم هو الجهة المنوط بها مهمة الرقابة القضائية على أعمال وقرارات جهة الإدارة سواء كان ذلك في الظروف العادية أو الظروف الإستثنائية حيث جاء نص المادة الثالثة عشر من نظام الديوان عاماً ولم يفرق بين حالة وأخرى، حيث نص على ما يلي:-
تختص المحاكم الإدارية بما يلي: لفقرة (ج): [دعاوى التعويض التي يقدمها ذو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة].

وحيث أن هذا المبحث يتعلق بالرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية فسأورد مثلاً واحداً لمباشرة الديوان لهذه الرقابة في ظل قيام ظرف استثنائي يتمثل في حرب الكويت. ففي إحدى الدعاوى المرفوعة أمام الديوان التي قام برفعها وكيل لشركتين ضد مستشفى الملك فهد التابع للحرس الوطني، حيث جاء في لائحة دعواه: (أن موكلتيه وقعنا عقداً مع المدعى عليها بتاريخ ٤/١١/١٤١٠هـ لإدارة وتشغيل مستشفى الملك فهد بالرياض التابع للحرس الوطني لمدة ثلاث سنوات وبقيمة إجمالية قدرها ألف وخمسمائة مليون ريال، وبعد غزو العراق للكويت عام ١٤١١هـ اضطرت المدعيتان لتكبد مصاريف إضافية لم يتضمنها العقد

قدرت هذه التكاليف بمبلغ مائة وواحد وعشرين مليون ريال، وبتاريخ ١٩/٧/١٤١٤هـ وافق الحرس الوطني ممثلاً باللجنة العليا على تعويض المدعيتين بمبلغ ثلاثة وستين مليون ومائة واثنين وسبعين ألف ريال بموجب القرار ٥٣٥/ج/٤/٥١/١٤١٤هـ، وقد تقدم الحرس الوطني خلال العام ١٤١٤هـ بدعوى تعويض أمام لجنة التعويضات عن الغزو العراقي للكويت التابعة لهيئة الأمم المتحدة ضمن المطالبات التي تقدمت بها مختلف الأجهزة الحكومية، وطالب الحرس الوطني ضمن دعواه أمام لجنة الأمم المتحدة بتعويضه عن المبالغ التي تكبدتها المدعيتان وختم المدعي وكالة لائحة دعواه مطالباً بإلزام الجهة المدعى عليها بالإفصاح عن مقدار المطالبة المتعلقة بالأضرار التي لحقت بموكلتيه والتي تقدمت بها إلى لجنة التعويضات التابعة للأمم المتحدة ودفع التعويضات التي وافقت عليها الجهة المدعى عليها بقرارها رقم ٥٣٥/ج/٤/٥١/١٤١٤هـ سواء صدر قرار لجنة التعويضات التابعة للأمم المتحدة أو لم يصدر بهذا الشأن، وبقيدها قضية وإحالتها إلى هذه الدائرة عقدت الدائرة لنظرها عدة جلسات ثم أصدرت حكمها التالي: [حيث إن المدعيتين تهدفان من إقامة دعواهما إلى إلزام المدعي عليها بدفع مبلغ ٦٣.١٧٢.٢٧٢ ريالاً ويمثل قيمة التعويض الذي أقرته اللجنة العليا للحرس الوطني بقرارها رقم ٥٣٥/ج/٤/٥١/١٤١٤هـ مقابل الأضرار التي لحقت بهما بسبب حرب تحرير الكويت.

وحيث إن منازع في الدعوى الماثلة مرتبط بعقد إداري فإن

نظر الدعوى والفصل فيها يدخل في نطاق الولاية القضائية لديوان المظالم وفقاً لنص المادة ١٣/د من نظام الديوان ومن ثم فإنه يطبق بشأنه المدة المحددة بنص المادة الرابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، ونظراً إلى أن العقد محل الدعوى تم إبرامه وبدأ تنفيذه بتاريخ ٤/١١/١٤١٠هـ الموافق ٢٨/٥/١٩٩٠م ومدته تسعة وثلاثون شهراً ميلادياً تنتهي في ٢٧/٨/١٩٩٣م وفقاً لنص المادة ٦١ من العقد محل الدعوى، وبما أن الأضرار المدعى بها وقعت خلال تنفيذ العقد فإن نشوء الحق المدعى به مقابل هذه الأضرار يكون قد تحقق واكتملت عناصر وموجبات المطالبة به بنهاية مدة العقد المحددة في ٢٧/٨/١٩٩٣م، ولكن نظراً إلى أن المدعيتين تقدمتا إلى المدعى عليها بالمطالبة بالتعويض المدعى به في حينه وقامت المدعى عليها بالتجاوب مع مطالبة المدعيتين وذلك بضم طلبهما التعويض إلى طلبات التعويض المقدمة منها إلى لجنة الأمم المتحدة التي تنظر في طلبات تعويضات الحرب، ونظراً إلى أن المدعيتين تقدمتا بدعواهما محل النظر في ٢٨/٣/١٤٢٥هـ الموافق ١٧/٥/٢٠٠٤م أي خلال المدة المحددة نظاماً الأمر الذي يتعين معه القضاء بقبول الدعوى شكلاً.

وفي الموضوع فإنه من المستقر في هذا الصدد أن استحقاق التعويض يتطلب توافر أركان المسؤولية العقدية في حق الجهة المدعى عليها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وحيث إنه بالنظر إلى ما قدمته المدعيتان في

الدعوى من مستندات لم يظهر منها ما يثبت حدوث خطأ عقدي من المدعي عليها أو حصول تصرف منها يعد إخلالاً بالعقد المبرم بين الطرفين وبخلو أوراق الدعوى مما يثبت حصول الخطأ ينتفي الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية في حق المدعى عليها مما يؤكد عدم أحقية المدعيتين فيما تطالبان به من تعويض هو أن تقرير لجنة الأمم المتحدة المشار إليها حين فحصت طلبات المدعى عليها بالتعويض والمستندات التي بنيت عليها تلك الطلبات رفضتها اللجنة بما فيها طلبات المدعيتين مما يدل على عدم صحة دعوى المدعيتين. فلهمذا الأسباب حكمت الدائرة: برفض الدعوى المقامة من شركتي/ إيه.إم. أي العربية السعودية المحدودة والشركة العربية العامة للخدمات الطبية ضد مستشفى الملك فهد التابع للحرس الوطني] الحكم الصادر من الدائرة الإدارية الأولى بالمحكمة الإدارية بمنطقة الرياض رقم (١٤٥/د/١/١) لعام ١٤٢٨هـ — في القضية رقم (١٤٥/١/ق) لعام ١٤٢٥هـ.

وبعد أن أصدرت الدائرة هذا الحكم قامت المدعية بالاعتراض على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية، التي نقضت الحكم السابق وأعادته إلى الدائرة الإدارية الأولى لنظرها والفصل فيها في ضوء ما أوردته محكمة الاستئناف من ملاحظات على الحكم، وكان مما أوردته محكمة الاستئناف ما يلي: [أن الدائرة أصدرت حكمها بالتأسيس على المسؤولية العقدية والثابت أن المدعيتين لم تؤسس دعواهما على ذلك إطلاقاً بل إن

تأسيس المطالبة حسب الثابت من الأوراق مبني على الأضرار الناشئة عن حرب تحرير الكويت وهذا يعني أن الدعوى مقامة وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وأنه وإن لم تصرح المدعيتان بالتأسيس وفق هذا المصطلح فإنه يتعين على الدائرة التأسيس عليه باعتبارها المعنية بتكييف الدعوى وفقاً لما يهدف إليه المدعي ويرمي إليه. وحاصل ما تقدم أن الدعوى لا تزال بحاجة إلى مزيد من البحث وأن الحكم بحالته الراهنة اشتمل على ملاحظات تستلزم نقضه. فلذلك وبعد المداولة: فقد حكمت محكمة الاستئناف - الدائرة الأولى - بنقض الحكم رقم (١٤٥/د/١/١٤٥) لعام ١٤٢٨ هـ الصادر في القضية رقم (١٤٠٥/١/ق) لعام ١٤٢٥ هـ وإعادة كما إلى الدائرة الإدارية الأولى لنظرها والفصل فيها في ضوء ما تقدم من ملاحظات وما قد يستجد أثناء النظر] حكم محكمة الاستئناف الصادر من الدائرة الأولى رقم (٤٨١/إس/١) لعام ١٤٢٩ هـ، في القضية رقم (١٤٠٥/١/ق) لعام ١٤٢٥ هـ

كما أن هناك حكماً آخر صادراً عن الديوان يؤكد هذه الرقابة، وهو الحكم رقم (٧٦/د/١/١٤٢٩) لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم (٧٠٧/١/ق) لعام ١٤٢٥ هـ، وملخص هذه الدعوى: (أن المدعي تقدم بدعواه إلى الديوان ضد وزارة الزراعة ووزارة المالية والتي تتضمن بأنه يوجد له مزرعة تقع بالمنطقة الشرقية على الطريق المؤدي إلى دولة الكويت. بمحاذاة طريق أبو حدرية بمنطقة الفاضلية، وأثناء حرب الخليج الثانية احترقت آبار النفط

في الكويت، ولقرب مزرعته من مكان الحادث تساقط عليها كميات كبيرة من الدخان الأسود والمخلفات ، وقد قام بإبلاغ فرع وزارة الزراعة والمياه في المنطقة الشرقية وإطلاعها على المزرعة والأضرار التي لحقت بها قامت ، وطلب في آخر دعواه إلزام وزارتي الزراعة والمياه بعمل التقديرات اللازمة للأضرار واعتمادها وإلزام وزارة المالية بأن تصرف له تعويضاً قدره ثلاثة وثلاثون مليوناً وأربعمائة وأربعون ألف ريال "٣٣.٤٤٠.٠٠٠ ريال". وبعد دراسة القضية أصدرت الدائرة الحكم التالي: [لما كان وكيل المدعي يهدف من دعواه إلى إلزام المدعى عليهما بتعويض موكله عن الأضرار التي لحقت بمحاصيلهم الزراعية بسبب الدخان المتصاعد جراء حرق آبار النفط الكويتية خلال حرب الخليج.

وبما أن المدعى عليهما أجابتا عن الدعوى كما سلف بيانه.

وبما أن نظر الدعوى والفصل يدخل في نطاق الولاية القضائية لديوان المظالم وفقاً للمادة ١٣/ج من نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ لعام ١٤٢٨هـ، وبما أن قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم لا زال العمل سارياً بها وفقاً لما ورد في نصوص آلية العمل التنفيذية لنظام ديوان المظالم المشار إليه، ونظراً إلى أن المادة الرابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم تضمنت أنه لا تسمع الدعاوى المتعلقة بطلب التعويض بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون رفع الدعوى يثبت لدى

الدائرة المختصة بالديوان. وبما أن تاريخ نشوء الحق المدعى به كان خلال عام ١٤١١هـ، ولم يثر المدعي موضوع مطالبته إلا في ٢٩/٦/١٤٢٣هـ ثم تقدم إلى الديوان بهذه الدعوى في ١٥/١/١٤٢٥هـ فإنه من الواضح أن المدعي قد تأخر في رفع دعواه عن المدة المحددة نظاماً لرفع الدعوى، وهذا مخالف لنص المادة المشار إليها، وهي مادة آمرة لا يجوز التنصل عما حددته من مدة إلا بعذر، ولم يقدم المدعي عذراً مقنعاً يبرر تأخيره في رفع دعواه الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بعدم سماع الدعوى فلهذه الأسباب حكمت الدائرة: بعدم سماع الدعوى المقامة من/ المدعي ضد وزارة الزراعة ووزارة المالية] الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بمنطقة الرياض، رقم (٧٦/د/١/١) لعام ١٤٢٩هـ، في القضية رقم (٧٠٧/١/ق) لعام ١٤٢٥هـ..

المطلب الثاني: رقابة التعويض في الفقها إذا نظرنا إلى قضاء المظالم في الإسلام نجدَه مرَّ بمرحلتين هما: مرحلة القضاء الموحد، وهذه المرحلة كان النبي ﷺ وأصحابه يباشرون فيها القضاء دون تفرقة بين أنواع المنازعات والمشاكل. والمرحلة الثانية: هي مرحلة القضاء المزدوج، وفي هذه المرحلة أصبح قضاء المظالم ولاية منفصلة عن ولاية القضاء العام يختص بنظر نوع معين من المنازعات والمشاكل، وهذا النوع من التنظيم هو السائد الآن في المملكة العربية السعودية. ورغم أن هذا النوع من التنظيم والتقسيم المعمول به حالياً في المملكة لم يكون موجوداً في صدر الإسلام الأول إلا أن تطبيقاته موجودة وإن لم تكن بنفس المسمى الحالي، فالنبي ﷺ هو أول من رد المظالم في الإسلام لاسيما إذا وقعت من الولاة أو عمالمهم، ومن ذلك: أن خالد بن الوليد قتل مقتله في قبيلة جذيمة بعد أن أعلن أهلها الخضوع، فاستنكر النبي ﷺ فعلة خالد، وأرسل النبي ﷺ رسوله وهو علي بن أبي طالب إلى هذه القبيلة ليرفع عنها ما حاق بها من الظلم والتعسف بدفع دية قتلاها، كما قام النبي ﷺ بإزالة مظلمة القوم الذين تظلموا من عامله أبا جهم ؓ الذي بعثه على الصدقة، فمات رجل في صدقته فضربه فشجه فطلبوا القود، فأدى لهم تعويضاً عن تلك الفعلة التي ارتكبها عامله وقد سار الخلفاء الراشدون على نهج المصطفى ﷺ في نظرهم في المظالم بعد رسول الله ﷺ. فهذا عمر بن الخطاب ؓ كان يأمر عماله في جميع الأقاليم بأن يوافقوه في موسم

الحج، ويعقد ما يمكن أن يقال عنه مجلساً عاماً للمظالم للنظر في تظلمات الولاة والعمال، وفي أحد تلك المجالس قام رجل وقال له: يا عمر إن عاملك فلاناً ضربني مائة سوط، قال: فيم ضربته قم فاقتص منه، فقال عمرو بن العاص: يا أمير المؤمنين، إنك إن فعلت هذا يكثر عليك ويكون سنة يأخذ بها من بعدك، فقال: أنا لا أقيد، وقد رأيت رسول الله ﷺ يقيد من نفسه، قال: فدعنا فلنرضه، قال: دونكم فارضوه، فافتدى منه بمائتي دينار كل سوط بدينارين.

وقد ظل هذا النظام -القضاء الموحد- قائماً كما سبقت الإشارة إلى ذلك إلى أن جاء عهد عبدالملك بن مروان الذي وضع اللبنة الأولى في نظام قضاء المظالم بالوضع الذي استقر عليه في الدولة الإسلامية والذي عليه الوضع الآن في المملكة العربية السعودية.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث
المساواة بين المتنافسين
في العقود الإدارية

إعداد

أحمد بن عبدالله الناصر

إشراف

د. خالد بن خليل الظاهر

1430/1429هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) 158

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) 122

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) 56

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث: وتشتمل على مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول، وخاتمة:

المقدمة: وتشتمل على:

- ١- التعريف بهذا الموضوع.
- ٢- أهمية الموضوع.
- ٣- أسباب اختيار الموضوع.
- ٤- أهداف البحث.
- ٥- تساؤلات البحث.
- ٦- مشكلات البحث.
- ٧- الدراسات السابقة.
- ٨- منهج البحث.
- ٩- خطة البحث.

الفصل التمهيدي: التعريف بمفردات الموضوع: ويشتمل على أربعة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف المساواة.
- المبحث الثاني: تعريف المنافسة.

المبحث الثالث: تعريف العقد الإداري.

المبحث الرابع: معيار تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود.

الفصل الأول: مسوغات وآثار المساواة بين المتنافسين في العقود

الإدارية: ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مسوغات اعتماد مبدأ المساواة. ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مبدأ المساواة وحماية المال العام.

المطلب الثاني: مبدأ المساواة وحماية حقوق الأفراد.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الأخذ بمبدأ المساواة.

المبحث الثالث: مبدأ المساواة في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: ضمانات ومراحل تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين في العقود

الإدارية. ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضمانات تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين في العقود

الإدارية: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المناقصات والمزايدات المفتوحة.

المطلب الثاني: المنافسة المحدودة.

المطلب الثالث: الشراء المباشر.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من هذه الضمانات.

المبحث الثالث: المراحل المتعلقة باختيار المتعاقد مع الإدارة: وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: إعداد المواصفات.

المطلب الثاني: الإعلان عن المنافسة.

المطلب الثالث: تقديم العروض وفحصها.

المطلب الرابع: موقف الفقه الإسلامي من هذه الإجراءات.

الفصل الثالث: الرقابة القضائية على تحقيق مبدأ المساواة: ويشتمل على

ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الرقابة القضائية على تحقيق مبدأ المساواة.

المبحث الثاني: إجراءات التظلم قبل رفع الدعوى عند الإخلال بمبدأ

المساواة.

المبحث الثالث: الطعن في قرار استبعاد أحد العطاءات.

الخاتمة.

الفهارس.

الفصل التمهيدي

التعريف بمفردات الموضوع ويشتمل على أربعة مباحث:
المبحث الأول: تعريف المساواة.

في اللغة: المساواة من ساوى الشيء الشيء إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما. يقال: فلان وفلان سواء أي متساويان، وقوم سواء، وتساوت الأمور واستوت وساويت بينهما أي سويت، و استوى الشيطان وتساويا، تماثلا

و في الاصطلاح: حق جميع المواطنين للتنافس وفقاً للشروط، وأن تكون المفاضلة بين مقدمي العطاءات أساسها الكفاءة الفنية، و المقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء المشروع موضوع التعاقد، إضافة إلي حسن السمعة المهنية. ومبدأ المساواة ليس من المبادئ الحديثة الذي أحدثته الأنظمة والقوانين البشرية بل هو مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية. و الأدلة كثيرة معلومة. أولاً: من القرآن الكريم: قوله تعالى: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ سورة الحجرات، الآية (١٣).

ثانياً: السنة: أكد الرسول صلى الله عليه و سلم على مبدأ المساواة الذي قرره القرآن وذلك في حجة الوداع، فعن جابر بن عبد الله قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في وسط أيام التشريق خطبة الوداع فقال:

« يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد، ألا إن أباكم واحد، ألا لا فضل
لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي ولا أسود على أحمر ولا أحمر
على أسود إلا بالتقوى، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، ألا هل بلغت »
قالوا: بلى يا رسول الله. قال: « فليبلغ الشاهد الغائب » أخرجه أحمد في
مسنده، ، رقم الحديث (٢٣٥٣٦)، والطبراني في المعجم الأوسط، رقم
الحديث (٤٧٤٩)، وصححه الألباني في غاية المرام..

المبحث الثاني: تعريف المنافسة

المنافسة في اللغة: من نفس الشيء نفاسة، فهو نفيس، ونافس: رفع وصار مرغوبا فيه. يقال: نفس الشيء من باب ظرف صار مرغوبا فيه. ونافس في الشيء منافسة، ونفاسا بالكسر إذا رغب فيه على وجه المباراة في الكرم. و تنافسوا فيه أي: رغبوا.

المنافسة في الاصطلاح: مقتضى هذا المبدأ أن يكون للأشخاص الحق في التقدم لتنفيذ العقود المطروحة دون أن تستطيع الجهة الإدارية صاحبة المشروع أو غيرها حرمانهم أو استبعاد عطاءاتهم.

إن هذا المبدأ مستقر تنظيمياً وفقها وقضائياً وأكده محكمة القضاء الإداري بديوان المظالم فقد جاء في أحد أحكامها: « وإن كان للمقاول حق الاشتراك في جميع المناقصات إعمالاً لما يقضي به النظام من المساواة بين المنافسة إلا أنه من جهة أخرى، فإن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في قبول أو استبعاد عطاءات المتقدمين وفقاً لما تراه من صلاحيتهم لتنفيذ المشروع والتأكد من أن التنفيذ لن يواجه عقبات أو عراقيل، وطالما كان الباعث على تصرف جهة الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة فإن قرارهما يكون صحيحاً ولا مطعن عليه » حكم ديوان المظالم ، رقم (٥٠)، بتاريخ ١٤١٣هـ. (حكم غير منشور)..

وتحقيقاً لهذا المبدأ نجد أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية الصادر بالرسوم الملكي (م / ٥٨) وتاريخ

١٤٢٧/٩/٤هـ، ولائحته التنفيذية، جعلت هذا المبدأ أحد أسس ومرتكزات طرح العقود الإدارية، فقد جاء في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في الفقرة (ج) من المادة الأولى ما يلي: « يهدف هذا النظام إلى تعزيز النزاهة والمنافسة، وتوفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين، تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص ». ونصت المادة الثالثة من النظام على ما يلي: « مع مراعاة ما ورد في نظام الاستثمار الأجنبي، يعطي جميع الأفراد والمؤسسات والشركات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرصاً متساوية ويعاملون على قدم المساواة ».

إن الناظر في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية يظهر له حرص المنظم السعودي على تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ممن تتوفر فيهم الشروط، حيث جعله من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المنافسة، لما يترتب على تحقيقه من آثارٍ ملموسة يأتي في مقدمتها حماية حقوق الأفراد.

المبحث الثالث: تعريف العقد الإداري

تعريف العقد في اللغة: من عقد الحبل يعقده عقداً وتعاقداً وعقده، والجمع عقد، والمعاقدة، المعاهدة والميثاق. وتعاقد القوم فيما بينهم أي تعاهدوا، ويقال: عقدت الحبل فهو معقود، وكذلك العهد، ومنه عقدة النكاح. والعقد: الضمان والعهد، والجمع عقود.

العقد في الاصطلاح: العقد بصفة عامة يعني: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام كعقد البيع، أو كان الأثر نقل أو تعديل التزام.

والعقد في الاصطلاح الفقهي له معنيان:

المعنى الأول: المعنى العام للعقد يطلق على كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق، أم كان صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإيجار.

وقد أطلق الشافعية العقد على ما ينفرد به العاقد، حيث قسموا العقد إلى قسمين:

قسم ينفرد به الشخص، و قسم لا بد فيه من متعاقدين

أما الحنابلة فقد أطلقوا العقد على النذر و العتق و الطلاق و الوقف و

الحج. المعنى الثاني: معنى خاص:

التعريف المختار للمعنى الخاص للعقد: «مجموعة إيجاب أحد

المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما».

تعريف العقد الإداري: ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام،

بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام

القانون العامة وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في

القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير

المرفق العام.

أما إذا نظرنا إلى مفهوم العقد الإداري في المملكة العربية السعودية فإن كافة العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها يختص بنظر منازعاتها والفصل فيها ديوان المظالم (المحكمة الإدارية)، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة في الفقرة (د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨)، وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، من اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها. وهذا ما أكدته المذكرة التفسيرية لنظام ديوان المظالم حيث نصت على أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً المذكرة التفسيرية لنظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢هـ... ومن خلال ما تقدم فإنه يمكن تعريف العقد الإداري في المملكة العربية السعودية بأنه: « اتفاق يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد أشخاصها، بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها ويكون مشتملاً على شروط استثنائية غير مألوفة.

المبحث الرابع: معيار تمييز العقد الإداري

العقد الإداري يقوم على عناصر ثلاثة هي:

١- وجود الإدارة طرفاً فيه.

٢- اتصاله بمرفق عام.

٣- استخدام أساليب القانون العام فيه.

وهذه العناصر تكاملية فيما بينها بحيث لو تخلف أحدها فقد العقد الصفة الإدارية، وهذه العناصر أساس تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود وخاصة العقود المدنية، والهدف من معرفة أو تمييز العقد الإداري هو تحديد القانون المطبق والقضاء المختص. ويمكن أن نتناولها بالتفصيل على النحو التالي:

أولاً: وجود الإدارة طرفاً في العقد:

هذا العنصر يعني أن العقد لا يكون عقداً إدارياً إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام كالدولة أو أحد المؤسسات العامة ذات الشخصية المعنوية.

ويعد العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص عقداً إدارياً رغم أن الإدارة لم تكن طرفاً فيه، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الشخص الخاص وكيلاً عن الإدارة في إبرام العقد، فإذا كان أحد أطراف العقد من أشخاص القانون الخاص و تعاقده بوصفه وكيلاً عن الجهة الإدارية فإن العقد حينئذ يعد عقداً إدارياً وذلك تطبيقاً

للقواعد العامة في الوكالة.

الحالة الثانية: إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص عام متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب ومصلحة الإدارة فإن التعاقد حينئذ يكتسب الصفة الإدارية، إذا ما توافرت فيه العناصر التي تميز العقود الإدارية.

ثانياً: اتصاله بمرفق عام: يقصد بذلك أن يرتبط العقد بالمرفق العام، سواء من حيث إنشائه أو تنظيمه، أو استغلاله، أو إدارته، أو تنفيذه والإشراف عليه، أو المساهمة في تسييره.

و صور اتصال العقد بالمرفق العام ليست محددة، و لا يوجد ما يمنع من وجود صور أخرى لعلاقة العقد بالمرفق العام ، إلا أنه يمكن إجمال صور اتصال العقد بالمرفق العام في الصور الآتية:

- ١- عقود يكون الهدف منها اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام بذاته، و مثال هذا النوع عقود امتياز المرافق العامة.
- ٢- عقود تهدف إلى مشاركة المتعاقد في تسيير المرفق العام، و مثال ذلك عقود التوريد.
- ٣- عقود تلتزم فيها الإدارة قبل الفرد بتقديم سلعة أو خدمة معينة. بموجب عقد مبرم بينهما، و مثال العقود المبرمة مع المنتفعين بخدمات المرافق العامة ولقد ثار جدل حول درجة اتصال العقد بالمرفق، هل يشترط

أن تكون الصلة بين العقد و نشاط المرفق الذي يخدمه على درجة معينة من المتانة؟

ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك، فيشترط لصيرورة العقد إدارياً أن يحقق حالاً ومباشرة غرضاً من أغراض المرفق العام.

ثالثاً استخدام وسائل القانون العام: لكي يكون العقد إدارياً لا بد من أن تأخذ الإدارة في تعاقدها أسلوب القانون العام أي أن العقد يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء قررت تلك الشروط امتيازات للإدارة لا يتمتع بها المتعاقد معها، أو قررت حقوقاً استثنائية للمتعاقد معها. غير أنه لا يلزم في الشروط الاستثنائية أن يتضمنها نفس العقد، بل تكفي الإحالة، أو أن تكون بمقتضى الأنظمة و اللوائح المعمول بها.

ونظراً لأهمية هذه الشروط في تمييز العقد الإداري فقد عمد كثير من فقهاء القانون إلى محاولة تحديد صور هذه الشروط وردوها إلى قسمين هما:
الأول: شروط لها طابع السلطة العامة: أي تشتمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها.

الثاني: شروط ترتبط بمبادئ القانون العام غير مألوفة في مجال القانون الخاص، من ذلك النصوص التي تعطي للإدارة الحق في تعديل شروط العقد سواء أكان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها أو تعديل في الأثمان أو في مدة العقد.

الفصل الأول

مسوغات وأثار المساواة بين المتنافسين في العقود الإدارية ويشتمل على
ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مسوغات اعتماد مبدأ المساواة. ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مبدأ المساواة وحماية المال العام.

يقصد بالمال العام: هو ذلك المال الذي تمتلكه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، والمخصص للمنفعة العامة بطبيعته أو بالقانون أو بقرار أو بالفعل.

ويعرف المال العام في الشريعة الإسلامية بأنه: ذلك المال الذي تكون ملكيته للناس جميعاً، أو لمجموعة منهم ويكون حق الانتفاع منه لهم، دون أن يختص به أو يستغله أحد لنفسه، بمعنى أن يكون الانتفاع من المال العام لجميع الأمة، أو لجميع أفراد جماعة معينين، دون أن يكون للفرد اختصاص، ولا يتجاوزته إلا إذا تعارض انتفاعه مع انتفاع غيره من هؤلاء الأفراد، فإنه حينئذ يرد إلى مشاركة غيره في الانتفاع على أساس المساواة و العدل.

وقد جعل نظام المنافسات و المشتريات الحكومية نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ. حماية المال العام نصب عينيه، فقد نصت المادة الأولى من النظام على الأهداف التي يسعى النظام لتحقيقها و هي:

- أ - تنظيم إجراءات المنافسات و المشتريات التي تقوم بها الجهات الحكومية، ومنع تأثير المصالح الشخصية فيها، وذلك حماية للمال العام.
- ب - تحقيق أقصى درجات الكفاية الاقتصادية للحصول على المشتريات الحكومية وتنفيذ مشروعاتها بأسعار تنافسية عادلة.
- ج - تعزيز النزاهة والمنافسة، و توفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص.
- د - تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات و المشتريات الحكومية.
- و لم يقتصر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية في إرساء التعاقد على المبدأ المالي حيث أنه لم يغفل جانب الكفاءة الفنية فقد اشتمل نظام المنافسات السعودية على مواد تدل على أن المنافسة تخضع لمبدأين أساسيين هما:
- المبدأ المالي، ويعني: مراعاة مصلحة الخزينة العامة باختيار أقل المقدمين

سعرًا. فقد جاء في المادة التاسعة من النظام: « يجب أن يتم الشراء و تنفيذ الأعمال والمشاريع بأسعار عادلة لا تزيد على الأسعار السائدة، وتعد المنافسة الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك وفق الأحكام الواردة في هذا النظام

أما بالنسبة للعروض المقدمة في المنافسة والتي يكون من بينها ما يقل كثيرا عن تقديرات الجهة الحكومية للمشروع، فإن الأصل في ذلك أنه يجب على الجهة الحكومية الترسية على أقل العطاءات المقدمة ماليا وأفضلها فنيا أي يجب الجمع بين الكفاءة الفنية والمالية. فإذا ظهر للجهة الحكومية أن العطاء المقدم في المنافسة منخفض بشكل غير معقول مما قد يسبب عدم إمكانية تنفيذ المشروع بالمواصفات المطلوبة فإنه يمكنها استبعاد العرض. المبدأ الفني، ويعني: مراعاة الكفاءة الفنية وحسن السمعة باختيار أفضل العروض الفنية. فقد جاء في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ما يدل على أنه لا يتحتم على الإدارة إرسال المناقصة على أقل العروض سعرا، فقد نصت المادة الثالثة والعشرون من النظام على ما يلي: « يجوز للجنة فحص عروض التوصية باستبعاد أي عرض من العروض من المنافسة حتى لو كان أقل العروض سعرا، إذا تبين أن لدى صاحب العرض عددا من المشاريع ورأت اللجنة أن حجم التزاماته التعاقدية قد أصبح مرتفعا على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية مما يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وفي هذه الحالة تتفاوض مع العطاء الذي يليه وفقا لقواعد التفاوض المحددة في هذا النظام.»

المطلب الثاني: مبدأ المساواة وحماية حقوق الأفراد
تعمد المناقصة بمختلف أشكالها كقاعدة عامه على ثلاث مبادئ رئيسية:
المساواة بين المتنافسين، والعلانية، وحرية المنافسة، واحترام تلك المبادئ
أمر غير متروك لتقدير الإدارة، بل هي ملزمة باتباعها
إن تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين في العقود الإدارية، يضمن للأفراد
حقوقهم، فإيجاد فرص متعادلة لكل من يتقدم إلى المناقصة دون تمييز بين
واحد وآخر، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون
البعض الآخر تكفل لكل من تتوافر فيه الشروط حق التقدم للتعاقد مع
الإدارة في إطار الشروط المحددة، فيمتنع على الإدارة أن تحرم أي شخص
من حق الاشتراك في المناقصة.
كما يرد على مبدأ المساواة بين المتنافسين بعض الاستثناءات المحددة ومنها
إعطاء امتياز في المفاضلة بين المتنافسين لبعض شركات القطاع العام، أو
إعطاء هذه الامتيازات لبعض الموردين الوطنيين، أو لمن يقبل الدفع
بالأجل وغير ذلك وهذه الاستثناءات استثناءات ظاهرية لأن المساواة تظل
ملازمة لإجراءات المناقصة وذلك بين من تتوافر فيهم الشروط التي تطلبها
الإدارة. وهذه الاستثناءات تضمن للأفراد حقوقهم من خلال تقديم من هو
أحق على غيره وهذا ما سار عليه المنظم السعودي، حيث نصت المادة
الخامسة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على ما يلي: « تكون
الأولوية في التعامل للمصنوعات والمنتجات والخدمات الوطنية وما يعامل

معاملتها « نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ، المادة الخامسة..

ولا يخل بمبدأ المساواة عملية استبعاد بعض أصحاب العطاءات لأسباب وقائية، وذلك لدرء الشبهة عن الجهة الإدارية.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الأخذ بمبدأ المساواة

نرى دساتير دول العالم تنص على هذا المبدأ، وهذا ما فعله المنظم السعودي في النظام الأساسي للحكم، حيث نصت المادة الثامنة من النظام على ما يلي: « يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية » النظام الأساسي للحكم، رقم (أ/٩٠)، تاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ..

كما نجد المنظم السعودي كرّس هذا المبدأ في العديد من الأنظمة، ومنها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، حيث نصت المادة الثالثة منه على ما يلي: «...، يعطى جميع الأفراد والمؤسسات والشركات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرصاً متساوية ويعاملون على قدم المساواة » نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨)، وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ..

إن تحقيق الإدارة لمبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد معها عند طرح المناقصات يترتب عليه آثار هي:

- حماية المال العام: إن من أهم أسباب الحفاظ على المال العام وحمايته من الهدر هو قيام جهة الإدارة عند طرح المناقصات بالمساواة بين المتنافسين الراغبين في التعاقد معها، وذلك من خلال الحصول على الخدمات والأعمال التي تسعى الإدارة لتحقيقها بأسعار تنافسية عادلة ليس فيها إثراء على حساب الخزينة العامة للدولة. - حماية حقوق الأفراد: من الآثار المترتبة على تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة حماية حقوق الأفراد وذلك من خلال عدم تمييز الإدارة بين الأفراد المتقدمين، بحيث لا تضع الإدارة أمام بعض الراغبين في التعاقد معها أي عقبات، أو تقوم بمنح امتيازات للبعض أو غير ذلك من صور التمييز مما يخل بمبدأ المساواة.

- الحصول على أفضل العروض من الناحية الفنية: ينتج عن قيام الإدارة بتحقيق مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد معها وصول الإدارة إلى أفضل العروض المقدمة من الناحية الفنية، وذلك لأنه لا يمكن المساواة بين المتنافسين إلا من خلال البحث عن أفضل العروض المقدمة، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الكفاية الاقتصادية القصوى للمشتريات الحكومية وذلك بالجمع بين الكفاية الفنية والعدالة المالية في مشتريات الأجهزة الإدارية الحكومية.

المبحث الثالث: مبدأ المساواة في الفقه الإسلامي

وقبل الحديث عن النصوص الشرعية المتعلقة بالمساواة لابد من بيان أن المساواة تكون عند المكافأة والمماثلة والمعادلة بين الأفراد فقط، فإذا اختلف الناس في المواهب أو الفروق الفردية، فالتمييز بينهم يكون عدلاً وليس ظلماً.

إن تفاوت الناس في المواهب والقدرات يترتب عليه نتيجة حتمية هي أنه لابد من التمييز بينهم في الحقوق والواجبات، وقد جاءت نصوص الشريعة الإسلامية مقرره لذلك، قال تعالى: لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا سورة النساء، آية: (٩٥).

والرسول صلى الله عليه وسلم حين سُئِلَ عن أي الناس أحق بحسن صحابتي؟ قال: (أمك، قال السائل ثم أي؟ قال: أمك، قال: ثم أي؟ قال: أمك، قال: أمك، قال: ثم أي؟ قال: أبوك) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث (٥٦٢٦)، ومسلم في صحيحه، رقم الحديث (٢٥٤٨)..

لقد قررت الشريعة الغراء مبدأ المساواة ويتجلى ذلك في نصوص الشريعة حيث قرر الإسلام أن يعامل الناس جميعاً على قدم المساواة في شؤون المسؤولية والجزاء في الحقوق المدنية ومما يدل على ذلك قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا
اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ المائدة (٨)

وقد طبق الرسول صلى الله عليه وسلم مبدأ العدل والمساواة على نفسه، فلم يكنفي بتطبيقه على غيره ، فعن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: جاء إعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه ديناً كان عليه، فاشتد عليه حتى قال: أخرج عليك إلا قضيتي، فانتهره أصحابه، فقالوا: ويحك، تدري من تكلم؟ فقال: إني أطلب حقي. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (هلا مع صاحب الحق كنتم) ثم أرسل إلى خولة بنت قيس فقال لها: إن كان عندك تمر فأقرضينا حتى يأتينا تمر فنقضيك . فقالت: نعم بأبي أنت وأمي يا رسول الله. فأقرضته، فنقضى الأعرابي وأطعمه فقال: أوفيت أوفى الله لك، (أولئك خيار الناس، إنه لا قدست أمة لا يأخذ الضعيف منها حقه غير متمنع) أخرجه ابن ماجه في سننه، رقم الحديث (٢٤٢٦)، وصححه الألباني في الترغيب والترهيب..

الفصل الثاني

ضمانات ومراحل تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين

في العقود الإدارية، يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضمانات تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين في العقود الإدارية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المناقصات والمزايدات المفتوحة.

تمهيد: صدر في المملكة العربية السعودية نظام المناقصات والمزايدات، ويعتبر هذا النظام نقلة نوعية في مجال تنظيم العقود الإدارية في مراحلها المختلفة خاصة ما يتعلق بمرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه، واستمر تطبيقه خلال الفترة من ١٣٨٦/٣/٨هـ وحتى تاريخ ١٣٩٧/٥/٣هـ، وبعد ذلك تم إلغاء النظام وصدر نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها إلا أن ما اشتمل عليه نظام المناقصات والمزايدات من قواعد عامة جعله مرجعاً لكثير من التعليمات التي صدرت في ظل سريان نظام تأمين مشتريات الحكومة.

وقد ظل نظام تأمين مشتريات الحكومة سارياً حتى تم إلغاؤه وذلك بصدر النظام الحالي الجديد وهو نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٢٣)، وتاريخ ١٤٢٧/٩/٢هـ،
 وصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم (٥٨/م)، وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ،
 وصدرت اللائحة التنفيذية للنظام بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢)، وتاريخ
 ١٤٢٨/٢/٢٠هـ، وبالتالي أصبح هذا النظام هو المعمول به في الوقت
 الحاضر، وذلك وفقاً لنص المادة الحادية والثمانون من نظام المنافسات
 والمشتريات الحكومية حيث نصت على: «يجل هذا النظام محل نظام تأمين
 مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، الصادر بالمرسوم الملكي
 ذي الرقم (١٤/م) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ، ولائحته التنفيذية ويلغى كل
 ما يتعارض معه من أحكام، ويطبق بعد مائة وعشرين يوماً من تاريخ نشره
 في الجريدة الرسمية» نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة
 العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨/م) وتاريخ
 ١٤٢٧/٩/٤هـ..

وقد حصر المنظم السعودي أساليب التعاقد بأسلوب المنافسة العامة فقط
 كأصل عام؛ حيث نصت المادة السادسة من نظام المنافسات والمشتريات
 الحكومية على ما يلي: «تطرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في
 منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام».
 كما نصت المادة التاسعة من النظام على ما يلي: «يجب أن يتم الشراء
 وتنفيذ الأعمال والمشاريع بأسعار عادلة لا تزيد على الأسعار السائدة،
 وتعد المنافسة الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك وفق الأحكام الواردة في

النظام».

المطلب الأول: المناقصات والمزايدات المفتوحة

والمناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء، ويكون ذلك عادة، إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة، أما الثانية فتهدف إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، وذلك إذا أرادت الإدارة مثلاً أن تبيع أو تؤجر شيئاً من أملاكه

وتلتزم الإدارة في المناقصة والمزايدة المفتوحة بالإعلان العام في الوسائل التي تحددها الأنظمة للنشر، ومن ثم تلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء الذي يمثل أقل الأسعار المطابقة للشروط والمواصفات في حالة المناقصة، أو أعلى الأسعار في حالة المزايدة.

وذلك ما جاء في المادة التاسعة والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات، حيث نصت على: «توصي لجنة فحص العروض بالترسية على أقل العروض سعراً وأفضلها من الناحية الفنية المطابق للشروط والمواصفات» اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، رقم (٣٦٢)، تاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ..

ورغم ما يحققه أسلوب المناقصة للإدارة من الوصول إلى أفضل الأسعار حفاظاً على المال العام إلا أن هذا الأسلوب يرد عليه العيوب التالية:

١- أن أسلوب المناقصة لا يعطي الإدارة -دائمًا- ما كانت تتوقعه من فوائد مالية.

٢- هناك حالات عديدة يتعذر فيها على الإدارة التقييد بمبدأ المناقصة العامة.

واعتقد أن هذه العيوب لو قورنت بالإيجابيات للمنافسة، فإنها لا تمثل شيئاً أمامها، لكن لا يمنع ذلك من تنوع أساليب التعاقد خاصة الأساليب التي تحقق الفائدة للجميع.

والنظام في المملكة العربية السعودية - كما قلنا سابقاً- حصر أسلوب التعاقد بالمناقصة العامة كأسلوب أصيل.

والمناقصة العامة إما أن تكون محلية فقط أو محلية وخارجية، وقد أشارت إلى ذلك الفقرة (ب) من المادة السابعة من نظام المنافسات والمشتريات؛ حيث جاء فيها « الأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوافر لها متعهد أو مقاول داخل المملكة يتم الإعلان عنها خارج المملكة، بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل ... ».

ورغم أن المنافسة العامة هي الأسلوب الأصيل في العقود الإدارية إلا أن المنظم السعودي قد استثنى من أسلوب المنافسة العامة بعض الأعمال والمشتريات الحكومية حتى لو زادت القيمة على مليون ريال وذلك ما نصت عليه المادة السابعة والأربعون من نظام المنافسات والمشتريات

الحكومية، حيث نصت على ما يلي: «استثناء من المنافسة العامة، يجوز توفير احتياجات الجهات الحكومية من العمال والمشتريات التالي ذكرها وفقاً للأساليب المحددة لشرائها، حتى لو تجاوزت تكلفتها صلاحية الشراء المباشر، وهي:

أ- الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها بالشراء مباشرة من الشركات المنتجة، ويتم اختيار أفضل العروض بما يحقق المصلحة العامة من قبل لجنة وزارية تكون بأمر ملكي لهذا الغرض من ثلاثة أعضاء على الأقل إضافة إلى رئيسها ثم تعرض توصياتها على رئيس مجلس الوزراء للموافقة عليها.

ب- الأعمال الاستشارية والفنية والدراسات ووضع المواصفات والمخططات والإشراف على تنفيذها وخدمات المحاسبين والمحامين والمستشارين القانونيين، عن طريق دعوة خمسة مكاتب متخصصة من المرخص لها بممارسة هذه الأعمال على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة، وتتم الترسية وفقاً لأحكام المادة السادسة عشرة من هذا النظام.

ج- قطع غيار الآلات الميكانيكية والكهربائية والالكترونية والمعدات، عن طريق دعوة ثلاثة متخصصين على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة، ويكون الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة لجنة لفحص هذه العروض ويختار أفضلها.

د- السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد ولم يكن لها بديل مقبول، يتم توفيرها بالشراء المباشر بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة، وفقاً للإجراءات الموضحة في اللائحة التنفيذية.

هـ- المستلزمات الطبية عاجلاً في حالات ظهور أوبئة «.

إلا أنه ومراعاة من المنظم لحالات الضرورة أو تحقيقاً للصالح العام ولمواجهة حالات معينة تقتضيها الظروف، خرج المنظم في بعض الحالات عن قواعد وإجراءات وضوابط نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حتى لو تجاوزت قيمة احتياجات الجهة الحكومية من الأعمال والمشتريات قيمة الشراء المباشر المنصوص عليها في المادة الرابعة والأربعين من هذا النظام وهي مليون ريال إلا أن المنظم حدد لكل حالة من حالات الاستثناء الأسلوب المحدد لشرائها والإجراءات الواجب اتباعها عند الشراء. وهذه الحالات المستثناة هي:

أولاً: الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها: أجاز المنظم الحصول على احتياجات الدولة من الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها بالشراء المباشر ولو تجاوزت قيمة الشراء مليون ريال. ويكون الشراء مباشرة من الشركة المنتجة لهذا السلاح والتي غالباً ما تكون من خارج المملكة العربية السعودية.

ثانياً: الأعمال الاستشارية والفنية والدراسات: وفير احتياجات الجهة

الحكومية ويجب أن تكون هذه المكاتب المتخصصة مرخصاً لها بالعمل في المملكة العربية السعودية، وتشمل الدعوى الموجهة لهذه المكاتب طلب تقديم عروضها خلال مدة معينة تحددها الجهة الحكومية في الدعوة.

ثالثاً: قطع غيار الآلات الميكانيكية والكهربائية والإلكترونية والمعدات: أوجب النظام أن تقوم الجهة الحكومية بدعوة ثلاثة متخصصين على الأقل في المجال المطلوب توفير قطع الغيار سواء كان وكيلاً لها في المملكة أم لم يكن وكيلاً رسمياً لها وإنما يتعامل في بيع قطع الغيار.

رابعاً: السلع أو الخدمات أو الإنشاءات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد: وهذه الحالة يتعرض فيها النص لحالات السلع أو الخدمات التي يحتكرها منتج واحد ولا يتوافر لها بديل مقبول. وأحال النص في إجراءات هذا الشراء المباشر إلى اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

خامساً: المستلزمات الطبية: في حالات الضرورة القصوى التي تنشأ منها حالة عاجلة كظهور مرض أو وباء استثنى المنظم شراء المستلزمات الطبية المطلوبة لمواجهة هذه الحالة من الخضوع لإجراءات وقواعد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. أما إذا كانت الأدوية أو المستلزمات الطبية لم تكن مطلوبة لمواجهة حالة فإنها لا يشملها الاستثناء الوارد في هذه المادة وإنما تخضع في توفيرها للقواعد العامة الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثاني: المنافسة المحدودة هي: المنافسة التي تختص بعدد معين من الموردين أو المقاولين ممن تتوافر فيهم شروط وكفاءة مادية ومعنوية معينة لأسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعه أو ظروفه.

والمنافسة المحدودة مقصورة على أشخاص أو مشروعات معتمدة لدى جهة الإدارة في سجلات وكشوف تعد لهذا الغرض، غير أن المنافسة المحدودة تخضع لذات القواعد التي تخضع لها المناقصة العامة إلا ما تعلق منها بطريقة توجيه الدعوة للدخول في المناقصة.

وفي المملكة نص النظام على أسلوب الدعوة المحدودة للتعاقد لتأمين الأعمال الاستشارية والفنية والدراسات ووضع المواصفات والمخططات والإشراف على تنفيذها وخدمات المحاسبين والمحامين والمستشارين القانونيين، عن طريق دعوة خمسة مكاتب متخصصة من المرخص لها بممارسة هذه الأعمال على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة وهو ما نصت عليه المادة (٤٧/ب) من نظام المنافسات، وكذلك على تأمين قطع الغيار بشتى أنواعها وذلك بدعوة ثلاثة متخصصين وهو ما نصت عليه المادة (٤٧/ج) من النظام.

المطلب الثالث: الشراء المباشر

حدد المنظم السعودي حالات اللجوء إليها على سبيل الحصر، حيث أجاز أسلوب الشراء المباشر في حالات محددة، وذلك ما نصت عليه المادة الرابعة والأربعون من نظام المنافسات والمشتريات، فقد جاء في المادة

الرابعة والأربعون من النظام ما يلي: « يجوز توفير الاحتياجات الحكومية وتنفيذ أعمالها عن طريق الشراء المباشر في الحالات العاجلة على ألا تتجاوز قيمة الشراء مليون ريال ».

وبالتالي حصر المنظم السعودية أسلوب الشراء المباشر في الحالات العاجلة وفقاً للشروط التالية:

- ١- ألا تتجاوز قيمة الشراء مليون ريال.
- ٢- يجب الحصول على ثلاثة عروض -على الأقل-، وذلك عن طريق دعوة المتعهدين أو المقاولين، لتقدم عروضهم، وألا يقتصر التعامل معهم بشكل مستمر، بل يجب إتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتعهدين والمقاولين).
- ٣- لا بد من وجود لجنة تفحص تلك العروض وأن تتقيد بالسعر السائد بالسوق.
- ٤- صلاحية البت في الشراء المباشر للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة ولا يجوز له التفويض إلا في حدود خمسمائة ألف ريال فأقل، ونصت المادة الخامسة والأربعون من نظام المنافسات والمشتريات على ذلك فجاء فيها ما يلي:

أ- عند تنفيذ الأعمال والمشتريات عن طريق الشراء المباشر يجب الحصول على ثلاثة عروض -على الأقل- وتفحص هذه العروض لجنة يكونها

الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة على ألا تتجاوز التكاليف السعر السائد في السوق.

- ب- تكون صلاحية البتّ في الشراء المباشر للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، ولا يجوز له التفويض إلا في حدود خمسمائة ألف ريال.
- ج- الأعمال والمشتريات التي لا تزيد قيمتها على ثلاثين ألف ريال يتم توفيرها وفق الأسلوب الذي تراه الجهة الحكومية مناسباً.
- د- يجوز للجهة الحكومية توفير احتياجاتها التي تتم بالشراء المباشر عن طريق الوسائل الالكترونية.

وقد اشترط المنظم السعودي على الإدارة لكي تستخدم أسلوب الشراء المباشر أن يكون ذلك في الحالات العاجلة، غير أنه لم يحدد الحالات العاجلة فقد نصت المادة الثامنة والستون من اللائحة التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « مع مراعاة ما ورد من أحكام بموجب المواد (الرابعة والأربعين، والخامسة والأربعين، والسادسة والأربعين) من النظام تقدر الجهات الحكومية الحالات العاجلة التي لا تحتل تأخر إجراءات المنافسة العامة، مع الأخذ في الاعتبار مصلحة المرفق وظروف التنفيذ وكمية ونوع الأعمال المطلوبة تأمينها ».

وقد نصت المادة التاسعة والستون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا تعتبر الأعمال ذات التنفيذ المستمر كعقود الصيانة والنظافة والتشغيل وخدمات الإعاشة، والنقل، وكافة الأعمال التي

يتم تأمينها بشكل دوري ومتكرر، وأعمال الأشغال العامة التي يتم الإعداد لها ووضع شروطها ومواصفاتها ومخططاتها قبل تنفيذها، من الحالات العاجلة التي يجوز تأمينها بالشراء المباشر، إلا حينما تتوافر في تلك الأعمال شروط الشراء المباشر المحددة بموجب أحكام النظام وهذه اللائحة».

لكن هل يجوز في الحالات العاجلة التي تزيد قيمتها على مليون ريال تجزئتها لأجل تأمينها بالشراء المباشر؟

نصت المادة السادسة والأربعون من نظام المنافسات والمشتريات على أنه «لا تجوز تجزئة المشتريات أو الأعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية الشراء المباشر، كما لا تجوز تجزئة هذه الأعمال من أجل الوصول إلى صلاحية المسؤولين المفوضين».

لكن إذا كانت قيمة الأعمال أقل من مليون ريال وليست من الحالات العاجلة فهل يجوز تأمينها بالشراء المباشر؟

بمجرد انتهاء صفة الاستعجال عن الأعمال يؤدي إلى عدم جواز تأمينها عن طريق الشراء المباشر حتى لو كانت أقل من مليون ريال، أما إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلاثين ألف ريال، فأجاز النظام تأمينها وفق ما تراه الجهة مناسباً؛ حيث نصت الفقرة (ج) من المادة الخامسة والأربعين من نظام المنافسات والمشتريات على أن «الأعمال والمشتريات التي لا تزيد قيمتها على ثلاثين ألف ريال يتم توفيرها وفق الأسلوب الذي تراه الجهة الحكومية مناسباً»، وبالتالي فإن تأمين الأعمال والمشتريات التي تزيد

قيمتها على ثلاثين ألفاً ولم يتوافر فيها صفة الاستعجال يكون عن طريق أسلوب المنافسة العامة.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من هذه الضمانات

اختلف العلماء المعاصرون في تكييفها على عدة أقوال هي:

القول الأول: إن المناقصة هي كالمزايدة ينطبق عليها ما ينطبق على المزايدة، وأحكام المناقصة هي أحكام المزايدة إلا أنها تختلف في الشكل، وبه قال الدكتور رفيق المصري ومن قال بذلك الدكتور علي السالوس وكذلك أكد الدكتور الشبتي

القول الثاني: إن المناقصة فيها شبه بعقد المسابقة من حيث الاسم والمضمون، وبه قال الدكتور المصري

القول الثالث: إن المناقصة من مصاريف البيع والتجارية، وبه قال الجواهري.

القول الرابع: إن المناقصة ليست عقداً، وإنما هي إجراءات للدخول في العقد، وبه قال الشيخ خليفة

القول الخامس: إن المناقصة منظومة من العقود وليست عقداً واحداً، وبه قال الدكتور المصري مشيراً إلى أن المناقصة عقد واحد مركب، يتم بين المناقص له وبين المناقص الذي رست عليه المناقصة، ويدخل في هذا العقد عدة عقود كعقد بيع دفتر الشروط، وعقد الضمان سواء كان ضماناً ابتدائياً أو نهائياً أو غيره، ثم تنتهي هذه المناقصة إلى إبرام عقد يؤول إما إلى

عقد توريد سلع ومواد، أو عقد مقابلة للقيام بخدمات أو أشغال.
 القول المختار: من خلال عرض الأقوال تبين رجحان القول الخامس حيث
 إن المناقصة عقد وليست مجرد إجراءات للدخول في العقد، غير أن المناقصة
 عقد مركب من عدة عقود. والعقود المركبة التي تدخل في تكوين هذا
 العقد هي العقود التالية:

١- عقد بيع دفتر الشروط لوثائق ومستندات المناقصة.

٢- عقد الضمان.

٣- العقد المتعلق بموضوع المناقصة، سواء كان بيع سلع كالتوريد، أو كان
 بيع منفعة كالإجارة.

حكم المناقصة: من خلال التكييف الفقهي لعقد المناقصة تبين للباحث أن
 عقد المناقصة عقد مركب من عدة عقود، لذا فإن حكم المناقصة يتوقف
 على معرفة حكم اجتماع عقود في عقد واحد، وهذه المسألة محل خلاف،
 وقبل الدخول في الخلاف أشير إلى تحرير محل النزاع.

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين العلماء في عدم جواز اجتماع السلف
 والبيع

ومما يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: « لا يحل سلف وبيع
 ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك أخرجه أبو داود في سننه، رقم
 الحديث (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه، ، رقم الحديث (١٢٣٤)،

والنسائي في سننه، ، رقم الحديث (٦٢٠٤)، وأحمد في مسنده رقم الحديث (٦٦٧١)..

أما حكم اجتماع غير عقد السلف مع عقود أخرى فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجوز اجتماع عقود في عقد واحد، وبه قال الحنفية، والمالكية في المشهور، والشافعية في الطريق الأصح عندهم، وقول عند الحنابلة.

وقد أجاز المالكية والشافعية الجمع بين البيع والإجارة في عقد واحد. القول الثاني: يجوز اجتماع عقود في عقد واحد، وبه قال أشهب من المالكية، وابن تيمية من الحنابلة.

سبب الخلاف: إن اختلاف الفقهاء في حكم اجتماع عقود في عقد واحد جاء نتيجة لاختلافهم في معنى أحاديث البيعتين في بيعة، والصفقتين في صفقة، بالإضافة إلى خلافهم في الأصل في العقود والشروط هل هو الإباحة أو الحظر.

فمن أخذ بظاهر أحاديث البيعتين في بيعة، والصفقتين في صفقة منع صحة اجتماع عقود في عقد واحد، ومن لم يأخذ بالظاهر، أو اعتبر أن الأصل في العقود والشروط الإباحة قال بجواز اجتماع عقود في عقد واحد. أدلة أصحاب القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني القائلون بجواز

اجتماع العقود في عقد واحد بأدلة عقلية هي:

١- أنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما بعقد فجاز جمعهما معاً في عقد واحد.

٢- لا أثر لاختلاف أحكامهما في الفسخ والانفساخ، لأن ذلك لا يؤثر في الابتداء وإنما يؤثر في المال إذا وقع الفسخ في أحدهما مما يؤدي إلى وجوب التوزيع بينهما بما يخص كلاً منهما من العوض، وذلك لا يؤدي إلى بطلان الاجتماع، فإن العقود المتفرقة لا تنتظم أحوالها في المال، فجعل المتوقع كالواقع بعيداً جداً.

الترجيح: بعد عرض الأقوال في المسألة وذكر الأدلة ومناقشة ما يمكن مناقشته يترجح لي -والله أعلم- القول الثاني القائل بجواز اجتماع العقود في عقد واحد، وذلك لقوة أدلتهم وعدم وجود اعتراضات عليهم، في حين أن أدلة أصحاب القول الأول اعترض عليها، إذ إن معنى النصوص التي استدلووا بها ليس على ظاهرها وإنما بما تم بيانه، إضافة إلى أن العقود المنفردة إذا انعقدت صحيحة فلا مانع من انعقادها صحيحة مجتمعة.

لذا فإن عقد المناقصة عقد جائز وذلك لأن العقود التي تضمنها عقد المناقصة تعتبر عقوداً جائزة، فاجتماعها في عقد واحد أمر جائز، وقد قال صاحب البدائع: « ما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً ».

ومن ثم فإن عقد المناقصة يعتبر عقداً جائزاً شرعاً سواء أكانت من

قبيل المناقصات العامة (المفتوحة)، أو كانت من قبيل المناقصات المحدودة، فالفقه الإسلامي قد يبيح للحاكم قصر المناقصة على بعض الناس الموثوق فيهم، أو ذوي الشأن في ذلك، مما يدل على صحة المناقصة المحدودة، ومما يعضد ذلك القاعدة الشرعية القاضية « بأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ».

أما الأسلوب الثالث من أساليب تعاقد الإدارة فهو أسلوب الشراء المباشر، وهذا الأسلوب يعد من قبيل البيع شأنه في ذلك شأن سائر البيع التي تحدث بين الأفراد، فلا أرى في هذا الأسلوب ما يورث الشبهة عليه، بل ظاهره الجواز لعموم النصوص التي تدل على جواز البيع، ومن ذلك قوله تعالى: **↓ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** سورة البقرة، آية: (٢٧٥).

المبحث الثالث: المراحل المتعلقة باختيار المتعاقد مع الإدارة

المطلب الأول: إعداد المواصفات

إن من أهداف النظام المنصوص عليها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية هو تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية، وذلك لا يتأتى إلا بقيام الجهة الإدارية بإعداد المواصفات والشروط للأعمال والمشتريات المراد التعاقد لها، ولا شك أن مراعاة ذلك يؤدي إلى تحقيق أفضل النتائج مما ينتج عنه حماية أموال الخزينة العامة للمملكة العربية السعودية.

هذا ويجب على الجهات الإدارية عند إعداد الشروط والمواصفات أن تراعي الأنظمة والأوامر السامية والتعليمات التي تحكمها ويأتي في مقدمتها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، ولعل من المفيد أن نذكر أهم الأسس التي يجب مراعاتها عند وضع الشروط والمواصفات:

١- ما نصت عليه المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن «على الجهات الحكومية قبل طرح أعمالها في المنافسات العامة أو تأمين مشترياتها، أن تضع شروطاً ومواصفات فنية تفصيلية دقيقة، للأعمال المطلوبة، عن طريق الجهاز الفني لديها، أو تكليف استشاري بذلك، على أن تراعي تجنب الإشارة إلى النوع أو الصنف، أو تحديد علامات تجارية، أو وضع مواصفات لا تنطبق إلا على علامات تجارية معينة.

كما يجب عليها عدم المبالغة في المواصفات، وأن لا تتجاوز حاجة ومتطلبات المشروع، والاعتمادات المالية المخصصة له، وعليها التأكيد على المكاتب الاستشارية التي تضع المواصفات بالتحديد بذلك» اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، رقم (٣٦٢)، وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ..

٢- أن تلتزم الجهات الإدارية بإعطاء الأولوية عند وضع المواصفات لمنتجات الصناعة الوطنية متى كانت محققة للغرض المنشود، ويتم

النص على ذلك في شروط ومواصفات الأعمال المطلوب تنفيذها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨)، وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ، المادة الخامسة..

وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من النظام، وكذلك المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت المادة الثانية على ما يلي: « تكون الأفضلية في التعامل للمصنوعات والمنتجات والخدمات الوطنية، والمنتجات ذات المنشأ الوطني، وما يعامل معاملاً من منتجات وخدمات الدول الأخرى، وفقاً لقواعد تفضيل المنتجات الوطنية، ويتم النص على ذلك في شروط ومواصفات الأعمال المطلوب تنفيذها » اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، رقم (٣٦٢)، وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ..

٣- يجوز النص في الشروط والمواصفات على حق الجهة الإدارية في تجزئة الترسية على أكثر من عرض وفقاً لما تراه الجهة الإدارية من مصلحة في تحقيق ذلك. كما يجوز أن تتضمن شروط المنافسة نصاً يميز للجهة الحكومية إلغاء بعض البنود أو تخفيضها للوصول إلى المبالغ المعتمدة للمشروع اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية،

المادة الثامنة..

٤- يجوز أن يكون التوريد طبقاً لعينة تحددها الجهة الإدارية، أو يقدمها

صاحب العرض اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية، المادة التاسعة..

٥- يجب عند إعداد الشروط والمواصفات التأكد بأن تكون المواد

المستخدمة مطابقة للمواصفات القياسية السعودية تعميم وزارة المالية

رقم (٣٠٨٠/١٧)، وتاريخ ١٦/١٢/١٤٠٤هـ والتعميم رقم

(١٥٣٦٦/٤٢)، وتاريخ ٢٩/٣/١٤٢١هـ..

٦- أن يؤخذ في الحسبان اعتبارات التشغيل والصيانة عند إعداد

المواصفات والتأكد من إمكانية توفر قطع الغيار وإمكانية الصيانة

المحلية.

٧- يجوز أن يتم تسليم الوثائق الخاصة بالشروط والمواصفات التي تعدها

الإدارة قبل الإعلان عن المنافسة للراغبين في ذلك مجاناً، كما يجوز أن

يكون ذلك بمقابل، ولا يجوز الامتناع عن بيعها وفي هذه الحالة يوضع

لها قيمة تعادل تكاليفها ويتم ترقيمها وختمها بختم الجهة الإدارية

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة

السادسة.

المطلب الثاني: الإعلان عن المنافسة

المنظم السعودي في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أخذ بهذه الوسيلة. فقد نصت المادة السابعة من النظام على ما يلي:

أ- يعلن عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين محليتين، وبالوسائل الإعلانية الالكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا النظام، ويجب أن يحدده في الإعلان عن المنافسة موعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكاهما.

ب- الأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوفر لها متعهد أو مقاول داخل المملكة يتم الإعلان عنها خارج المملكة بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقاً لما تضمنته الفقرة السابقة.

وأوجب المنظم في هذا النص أن يحدد في الإعلان كل التفاصيل الخاصة بالمنافسة وموعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكاهما. وذلك تسهيلاً للأمر على المتعاقدين المتقدمين للتعامل مع الجهات الحكومية.

ويجب أن يتم الإعلان عن المنافسة في موعد مناسب، بحيث لا يكون بين الإعلان وبين موعد تقديم العروض وفتح المظاريف وقت طويل، بحيث يطرأ عليه تغيرات قد تؤثر على التزامات المتعاقد مع الجهة الحكومية. كما لا يجب أن يكون هذا الميعاد قصيراً لا يسمح للراغبين في تقديم العروض بدراسة المنافسة دراسة فنية ومالية كافية.

ويجب أن يشتمل الإعلان على البيانات الأساسية الجوهرية للمنافسة

المنصوص عليها في الفقرة (د) من المادة العاشرة من اللائحة، حيث جاء فيها: « يجب أن يتضمن الإعلان عن المنافسة معلومات واضحة وشاملة عن الأعمال المعلن عنها، وبحد أدنى المعلومات التالية:

- اسم الجهة المعلنة.
- رقم المنافسة ووصفها وغرضها.
- مجال التصنيف.
- قيمة الوثائق ومكان بيعها.
- زمان ومكان تقديم العروض وفتح المظاريف.»

المطلب الثالث: تقديم العروض وفحصها: يجب على الإدارة أن تضع فترة كافية بين مرحلة الإعلان عن المناقصة وبين مرحلة تقديم العروض، وذلك لكي يتسنى لكل من تنطبق عليهم الشروط وتكون لديهم الرغبة في التعاقد مع الإدارة ليعد عطاءه وظروفه جيداً قبل التقدم، وهذا ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية، حيث نصت على ما يلي: « يجب ألا تقل المدة من تاريخ صدور أول إعلان في الجريدة الرسمية حتى الموعد النهائي لتقديم العروض عن ثلاثين يوماً، ولا تقل هذه المدة عن ستين يوماً في المشاريع أو الأعمال التي تبلغ تكاليفها التقديرية خمسين مليون ريالاً فأكثر». وقد بين المنظم السعودي طريقة تقديم العروض في المنافسة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أن يقدم العرض مكتوباً على النماذج الأصلية المختومة المستلمة من الجهة الحكومية، وذلك في مظاريف مختومة بواسطة البريد المسجل أو تسليمها لجهة الوارد في الإدارة مع أخذ إيصال يبين فيه تاريخ وساعة التسليم، حيث نصت المادة العاشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « تقدم العروض في مظاريف مختومة في الموعد والمكان المحددين لقبولها... » كما نصت المادة الرابعة عشرة من اللائحة التنفيذية للنظام على أنه « تقدم العروض مكتوبة على النماذج الأصلية المستلمة من الجهة الحكومية والمختومة بختمها، وتوضع في مظاريف مختومة بما يضمن سريتها وعدم فتحها، وذلك بواسطة البريد المسجل، أو مناولة إلى الجهة الحكومية، ويُعطى المتقدم إيصالاً يثبت فيه تاريخ وساعة التقديم، ولا يعتد بأي عرض يسلم أو يصل إلى الجهة الحكومية بعد انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض ».

ثانياً: أن يقدم العرض في الموعد المحدد والمكان المعين من قبل الجهة الإدارية؛ حيث نصت المادة العاشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « تقدم العروض في مظاريف مختومة في الموعد والمكان المحددين لقبولها، ولا يجوز قبول العروض التي تقدم أو تصل إلى الجهة الحكومية بعد انتهاء الموعد المحدد لتقديمها ». كما نصت

المادة الرابعة عشرة من اللائحة التنفيذية على « ... ولا يعتد بأي عرض يسلم أو يصل إلى الجهة الحكومية بعد انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض ».

ثالثاً: أن يقدم العرض بموجب خطاب رسمي يُوقع من مقدمه، فإن كان مقدمًا من شركة أو مؤسسة يُوقع ممن يملك تمثيلها نظامًا، كما يجب ختم العرض ومرفقاته كافة بختم مقدم العرض، حيث نصت الفقرة (ب) من المادة الثانية والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « يُوقع العرض من مقدمه، فإن كان مقدمًا من شركة أو مؤسسة يُوقع ممن يملك تمثيلها نظامًا، كما يجب ختم العروض وكافة مرفقاته بختم مقدم العروض ».

رابعاً: أن يقدم مع العرض أصل خطاب الضمان الابتدائي والذي يتراوح من (١%) إلى (٢%) من قيمة العرض وفقاً لشروط المنافسة؛ حيث نصت المادة الحادية عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « يقدم مع العرض ضمان ابتدائي يتراوح من (١%) إلى (٢%) من واحد إلى اثنين من المائة من قيمته وفقاً لشروط المنافسة » كما أشارت إلى ذلك الفقرة (ج) من المادة الثانية والعشرين من اللائحة التنفيذية فجاء فيها « يقدم مع العرض أصل خطاب الضمان الابتدائي ويستبعد العرض المخالف لذلك ».

- خامساً: أن تقدم مع العرض صورة من الوثائق المطلوبة كافة وهي:
- ١- السجل التجاري أو الترخيص النظامي في مجال الأعمال المتقدم بها.
 - ٢- شهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها إذا كانت قيمة العرض مما يشترط له التصنيف وفقاً للأحكام الواردة في نظام تصنيف المقاولين.
 - ٣- شهادة تسديد الزكاة أو الضريبة.
 - ٤- شهادة الانتساب للغرفة التجارية.
 - ٥- رخصة الاستثمار إذا كان المتنافس مرخصاً له وفقاً لنظام الاستثمار الأجنبي.
 - ٦- شهادة تحقيق النسبة النظامية لتوطين الوظائف.
 - ٧- شهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بتسجيل المنشأة في المؤسسة وتسديد الحقوق التأمينية، وقد نصت على ذلك الفقرة (د) من المادة الثانية والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات فجاء فيها « تقدم مع العرض صورة من كافة الوثائق المشار إليها في المادة الثانية عشرة من هذه اللائحة ».
- سادساً: أن تقدم مع العرض صورة إضافية من جداول الكميات وقوائم الأسعار الإجمالية والإفرادية مطابقة للأصل ومختومة بختم مقدم العرض، حيث نصت الفقرة (و) من المادة الثانية والعشرين من

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « يقدم مع العرض صورة إضافية من جداول الكميات وقوائم الأسعار الإجمالية والإفرادية مطابقة للأصل ومختومة بختم مقدم العرض، على أن تبقى الصورة لدى لجنة فحص العروض لحين إتمام إجراءات تحليل العروض ». «

سابعاً: ألا يتجاوز العرض الحدود المالية لدرجة تصنيفه حيث نصت المادة السادسة عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات « على المتقدم للمنافسة مراعاة مجال تصنيف الأعمال المتقدم لها، مع التقيد بالحدود المالية لدرجة تصنيفه، ويستبعد العرض المخالف لذلك »

ثامناً: لا يجوز أن يتقدم المنافس بعرض مرادف أو بديل إلا إذا تضمنت الشروط والمواصفات ذلك، حيث نصت المادة التاسعة عشرة من اللائحة التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا يجوز أن يتقدم المنافس بعرض مرادف أو بديل، إلا إذا تضمنت شروط المنافسة النص على تقديم عرض بديل وفقاً لشروط ومواصفات محددة تضعها الجهة للعرض البديل، وتلتزم الجهة في هذه الحالة بالترسية على أقل العروض المقدمة المطابقة للشروط والمواصفات ». «

تاسعاً: أن يكون العرض موافقاً للشروط والمواصفات الموضوعية للعمل المطروح للمنافسة، وقد نصت المادة الثامنة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعية لها ».

وقد أجاز المنظم السعودي تقديم العروض وفتحها عن طريق الوسائل الالكترونية؛ حيث نصت المادة العاشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه «... ويجوز تقديم العروض وفتحها عن طريق الوسائل الالكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذه المادة... »، وقد حددت المادة الخامسة عشرة من اللائحة التنفيذية ضوابط استخدام الوسائل الالكترونية، لإعداد وثائق المنافسات وتقديم العروض.

وبعد تقديم العرض قد يطرأ على مقدمه ما يستوجب تعديل العرض، وهنا قد يتساءل البعض عن حكم تعديل العرض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية هل هو جائز أم لا؟

القاعدة العامة أنه لا يجوز تعديل أي عرض بعد انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض، أما قبل انتهاء المدة فإنه لا يوجد في النظام السعودي نص يتحدث عن التعديل قبل انتهاء المدة، ولكن يمكن لنا أن نستنتج أن التعديل قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض جائز في النظام السعودي، وإن لم ينص عليه مباشرة، وبيان ذلك أن المادة الثالثة والعشرين من اللائحة التنفيذية للنظام

نصت على أنه « يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض ».

لجنة فتح المظاريف: يتولى عملية فتح المظاريف لجنة من الجهة الحكومية لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة بالإضافة إلى رئيسها الذي لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها، ويكون هناك عضو احتياطي، حيث نصت المادة الرابعة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على « تكون لجنة أو أكثر لدى الجهة الحكومية لفتح المظاريف لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة بالإضافة إلى رئيسها الذي لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها، وينص في التكوين على عضو احتياطي يكمل النصاب إن غاب أحد الأعضاء، ويعاد تكوين اللجنة كل ثلاث سنوات » نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨)، وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ...

وقد وضع المنظم السعودي ضوابط لتشكيل لجنة فتح المظاريف، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أن يصدر القرار من الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، وذلك بتكوين اللجنة، ويجوز تكوين أكثر من لجنة، كما يجوز للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة تفويض صلاحياتهما في تكوين لجان فتح المظاريف لدى الفروع والأجهزة المرتبطة بالوزارة أو الدائرة المستقلة؛ حيث نصت المادة الرابعة

والعشرون من اللائحة التنفيذية على: «أ- يصدر الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة قراراً بتكوين لجنة أو أكثر لفتح المظاريف، وفقاً لأحكام المادة الرابعة عشرة من النظام، ويُنص في القرار على تعيين نائب للرئيس يحل محله في حالة غيابه.

ب- يجوز للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة تفويض صلاحياتهما في تكوين لجان فتح المظاريف لدى الفروع والأجهزة المرتبطة بالوزارة أو الدائرة المستقلة».

ثانياً: يجب ألا يقل عدد أعضاء اللجنة عن ثلاثة أعضاء بالإضافة إلى رئيسها الذي يجب ألا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها.

ثالثاً: يجب أن ينص في قرار التكوين على تعيين نائب للرئيس يحل محله في حالة غيابه، كما يجب أن ينص في قرار التكوين على عضو احتياطي يكمل النصاب إن غاب أحد الأعضاء.

رابعاً: يجب إعادة تكوين اللجنة كل ثلاث سنوات. ولم يتعرض النظام لإعادة تشكيل اللجنة من الأعضاء السابقين أنفسهم. وهل يجب أن يكونوا أعضاء جدد؟ وهل التجديد لهم محدد بمرة أو مرتين، حيث يبدو أنه ليس هناك ما يمنع من إعادة تشكيل اللجنة من الأعضاء أنفسهم لكن الذي فيه نظر هو إعادة تشكيل اللجنة من الأعضاء أنفسهم مرات عدة، وإذا كان النظام قد سكت فالأمر فيه سعة، خصوصاً أن دور لجنة فتح

المظاريف يقتصر على فتح المظاريف والإعداد للجنة فحص العروض والتجهيز لها.

خامساً: يجب حضور جميع أعضاء اللجنة عند فتح المظاريف، ويجب فتح المظاريف في الساعة واليوم المحددين لذلك، وحسب ما ورد في الإعلان، حيث نصت المادة الخامسة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « تفتح المظاريف بحضور جميع أعضاء لجنة فتح المظاريف في الموعد المحدد لذلك... » ونصت المادة الخامسة والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « نفتح المظاريف في الساعة واليوم المحددين لذلك... » لكن هناك حالات يجوز فيها تأجيل فتح المظاريف وهي:

١- إذا لم تستكمل المدة النظامية لتقدم العروض المحددة بثلاثين يوماً من تاريخ صدور أول إعلان في الجريدة الرسمية وستين يوماً للمشاريع أو الأعمال التي تبلغ تكاليفها التقديرية خمسين مليون ريال فأكثر، والمنصوص عليها في المادة العاشرة فقرة (هـ) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات، وعلى الجهة الحكومية الإعلان عن تمديد قبول العروض وتأجيل فتح المظاريف لاستكمال هذه المدة، وفقاً لإجراءات الإعلان عن المنافسة العامة، مع إشعار مشتري وثائق المنافسة بذلك كتابة، والذي يبدو لي أن هذا الإجراء تصحيح وليس تمديد؛ لأنه لم يتجاوز المدة المحددة في النظام، وبالتالي فهو استكمال للمدة، وهذا ما أشار إليه النص في المادة

السادسة والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات، حيث جاء على النحو التالي: «... وعلى الجهة الإعلان عن تمديد قبول العروض وتأجيل فتح المظاريف لاستكمال هذه المدة»، فلا يجتمع تمديد واستكمال، وهذا مما يلاحظ على هذا النص أنه جمع بين متعارضين، حيث جعل التمديد للاستكمال، وهذا غير صحيح.

٢- إذا توافرت أسباب مقبولة لتمديد قبول العروض ومن أمثلة الأسباب المقبولة ما ورد في الفقرة الثانية من المادة السادسة والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات وهي:

- أ- اكتشاف أخطاء جوهرية في جداول الكميات.
- ب- اكتشاف أخطاء جوهرية في شروط المنافسة.
- ج- إذا كان هناك طلب مبرر من أغلب مشتري أوراق المنافسة، بشرط موافقة وقبول الجهة الحكومية لهذا الطلب.
- د- إذا لم يتقدم أحد للمنافسة.

٣- إذا لم تتمكن لجنة فتح المظاريف من القيام بعملها لأسباب مقبولة؛ فإنه يتم تأجيل موعد فتح المظاريف المدة اللازمة الضرورية، ويشعر المتقدمون للمنافسة بذلك كتابة، ولا يجوز في هذه الحالة قبول عروض جديدة أثناء فترة التأجيل، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على

أنه « إذا لم تتمكن لجنة فتح المظاريف من القيام بعملها لأسباب مقبولة، يتم تأجيل موعد فتح المظاريف المدة اللازمة والضرورية، ويشعر المتقدمون للمنافسة بذلك كتابة، ولا يجوز في هذه الحالة قبول عروض جديدة أثناء فترة التأجيل ».

ولما كان دور لجنة فتح المظاريف دور إعدادي، لذلك حظر المنظم السعودي على اللجنة ممارسة بعض الأعمال وهي على النحو التالي:

- ١- لا يجوز للجنة استبعاد أي عرض.
- ٢- لا يجوز للجنة أن تطلب من أصحاب العروض تصحيح الأخطاء أو تلافي الملاحظات الواردة في عروضهم.
- ٣- لا يجوز للجنة استلام أي عروض أو مظاريف أو خطابات أو عينات يقدمها لها أصحاب العروض أثناء جلسة فتح المظاريف، حيث نصت الفقرة (هـ) من المادة السابعة والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا يجوز للجنة فتح المظاريف أن تستبعد أي عرض، أو أن تطلب من أصحاب العروض تصحيح الأخطاء، أو تلافي الملاحظات الواردة في عروضهم، كما لا يجوز لها استلام أي عروض أو مظاريف أو خطابات أو عينات يقدمها لها أصحاب العروض أثناء جلسة فتح المظاريف » اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، رقم (٣٦٢)، وتاريخ ٢٠/٢/١٤٢٨هـ..

وقد حصر نظام المنافسات والمشتريات السعودي ولائحته التنفيذية مهام وأعمال لجنة فتح المظاريف فيما يلي:

- ١- فتح المظاريف، بحضور جميع أعضاء اللجنة.
 - ٢- التأكد من سلامة المظاريف واتفاقها مع الشكل الذي حدده النظام واللائحة.
 - ٣- إعطاء كل عرض رقماً متسلسلاً على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العرض ومقامه عدد العروض المقدمة.
 - ٤- تعلن اللجنة على الحاضرين اسم مقدم العرض وسعره الإجمالي، وما ورد على سعره من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي.
 - ٥- على اللجنة حصر العينات، ومواصفات الأجهزة والمواد (الكتالوجات) المقدمة مع العرض.
 - ٦- التوقيع على خطاب العرض الأصلي، ، والمحضر الذي تدون فيه اللجنة إجراءاتها.
 - ٧- على اللجنة إثبات محتويات المظاريف وما اشتملت عليه الأسعار الواردة بها من تعديل أو تصحيح.
- وتتولى هذه اللجنة فحص العروض وتحليلها؛ حيث نصت المادة السادسة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على:
- « أ- تكون في الجهة الحكومية لجنة أو أكثر لفحص العروض تتكون من

ثلاثة أعضاء -على الأقل- بالإضافة إلى رئيسها الذي لا تقل مرتبته عن الثالثة عشرة أو ما يعادلها، على أن يكون من بينهم المراقب المالي ومن هو مؤهل تأهيلاً نظامياً، وينص في التكوين على عضو احتياطي يكمل النصاب إن غاب أحد الأعضاء، وتتولى هذه اللجنة تقديم توصيتها في الترسية على أفضل العروض وفقاً لأحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية، ولها أن تستعين في تقديم توصياتها بتقرير من فنيين متخصصين.

ب- يعاد تكوين اللجنة كل سنة.»

ضوابط تشكيل لجنة فحص العروض:

أولاً: أن يصدر القرار من الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، ، حيث نصت

المادة الثامنة والعشرون من اللائحة التنفيذية للنظام على:

« أ- يصدر الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة قراراً، بتكوين لجنة أو أكثر

لفحص العروض وفقاً لأحكام المادة السادسة عشرة من النظام، وينص في

القرار على تعيين نائب للرئيس يحل محله في حالة غيابه. ولا يعتبر انعقاد

اللجنة نظامياً إلا بمشاركة المراقب المالي.»

ب- يجوز للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة تفويض صلاحياتهما في تكوين

لجان فحص العروض لدى الفروع والأجهزة المرتبطة بالوزارة أو الدائرة

المستقلة، ويجب أن ينص في قرار التكوين على عضو احتياطي يكمل

النصاب إن غاب أحد الأعضاء.

ثانياً: يجب ألا يقل عدد اللجنة عن ثلاثة أعضاء بالإضافة إلى رئيسها الذي يجب ألا تقل مرتبته عن الثالثة عشرة أو ما يعادلها بالإضافة إلى عضو الاحتياط ويجوز أن يرأس لجنة فحص العروض موظف لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها، إذا كانت اللجنة مشكلة في غير مقر جهة الرئيس.

ثالثاً: يجب أن يكون من بين أعضاء اللجنة المراقب المالي ومن هو مؤهل تأهيلاً نظامياً، ولا يعتبر انعقاد اللجنة نظامياً إلا بمشاركة المراقب المالي.

رابعاً: لا يجوز الجمع بين رئاسة فحص العروض وصلاحيه البت في المنافسة، كما لا يجوز الجمع بين رئاسة لجنة فتح المظاريف ورئاسة لجنة فحص العروض أو العضوية فيهما، حيث نصت المادة السابعة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا يجوز الجمع بين رئاسة لجنة فحص العروض وصلاحيه البت في المنافسة، كما لا يجوز الجمع بين رئاسة لجنة فتح المظاريف ورئاسة لجنة فحص العروض أو العضوية فيهما ».

خامساً: يجب إعادة تكوين اللجنة كل سنة، وقد نصت الفقرة (ب) من المادة السادسة عشرة من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « يعاد تكوين اللجنة كل سنة »، والذي يفهم من هذا النص أن إعادة تكوين اللجنة كل سنة يكون بأعضاء جدد ولا يتم التمديد لهم، وفي هذا صعوبة وتضييق خصوصاً من الناحية العملية، لكن هذا لا يمنع من إعادة العضو في المستقبل.

اختصاصات لجنة فحص العروض:

أولاً: التوصية بالترسية: حيث نصت المادة التاسعة والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « توصي لجنة فحص العروض بالترسية على أقل العروض سعراً، وأفضلها من الناحية الفنية المطابق للشروط والمواصفات، وتستبعد ما لا يتفق من العروض مع الشروط والمواصفات، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة ».

ويجب على لجنة فحص العروض أن تتقيد بأحكام النظام ولائحته التنفيذية عند فحص العروض، وأن تراعي الضوابط التالية عند التوصية بالترسية:

- ١- يجب أن تكون التوصية بالترسية على أقل العروض سعراً.
- ٢- يجب على لجنة فحص العروض أن تلتزم بالمعايير الفنية والنظامية لتحليل العروض، وتحديد المقدرة الفنية والمالية للمتنافس المحددة بموجب أحكام النظام واللائحة التنفيذية.
- ٣- على لجنة فحص العروض التأكد من اعتدال سعر أقل العروض المطابق للشروط والمواصفات.

ثانياً: استبعاد العروض: تملك لجنة فحص العروض استبعاد العروض، وذلك وفقاً للمعايير التالية:

- ١- يجب استبعاد العرض الذي لا يتفق مع الشروط والمواصفات، وقد نصت على ذلك المادة التاسعة والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

والمشتريات فجاء فيها «... وتستبعد ما لا يتفق من العروض مع الشروط والمواصفات، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».

٢- يجب استبعاد العرض الذي تجاوز الحدود المالية لدرجة تصنيفه؛ حيث نصت المادة السادسة عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات «على المتقدم للمنافسة مراعاة مجال تصنيف الأعمال المتقدم لها، مع التقييد بالحدود المالية لدرجة تصنيفه، ويستبعد العرض المخالف لذلك».

٣- يجب استبعاد العرض الذي قام صاحبه بإجراء تعديل أو إبداء أي تحفظ على الشروط والمواصفات وجداول الكميات، أو قام بشطب أي بند من بنود المنافسة أو مواصفاتها، حيث نصت الفقرة (أ) من المادة العشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه «يجب على المتنافس تقديم سعره وفقاً للشروط والمواصفات وجداول الكميات المعتمدة من الجهة الحكومية، ولا يجوز له إجراء أي تعديل أو إبداء أي تحفظ عليها أو القيام بشطب أي بند من بنود المنافسة أو مواصفاتها ويستبعد العرض المخالف لذلك».

٤- يجب استبعاد العرض الذي يقدم بدون أصل خطاب الضمان الابتدائي؛ حيث نصت الفقرة (ج) من المادة الثانية والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه «يقدم مع

العرض أصل خطاب الضمان الابتدائي ويستبعد العرض المخالف لذلك.»

٥- إذا لم يتم صاحب العرض وخلال المدة الممنوحة له لاستكمال الوثائق وتحديد الشهادات المنتهية، فإنه يجب استبعاده من المنافسة؛ حيث نصت الفقرة (هـ) من المادة الثانية والعشرين على أنه «إذا لم يقدم المتنافس مع عرضه أيًا من الوثائق المشار إلى تقديمها في الفقرة (د) من هذه المادة، مع توافرها لديه وقت تقديم عرضه، أو أن الوثيقة المقدمة منتهية الصلاحية، جاز منحه مدة تحددها لجنة فحص العروض لاستكمال تلك الوثائق، وبما لا يؤدي إلى انتهاء الوقت المحدد للبت في الترسية، فإن لم يقدمها في الوقت المحدد يستبعد من المنافسة.»

٦- يجب استبعاد العرض الذي يكون مبنياً على تخفيض نسبة مئوية أو قدر معين من أقل العروض؛ حيث نصت المادة الخامسة والثلاثون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه «يستبعد العرض الذي يكون مبنياً على تخفيض نسبة مئوية، أو قدر معين، من أقل العروض.»

٧- في عقود التوريد يعتبر المتنافس لم يقدم عرضاً بالنسبة للأصناف غير المسعرة، ويستبعد عرضه إذا لم تجز شروط المنافسة التجزئة.

ثالثاً: التفاوض مع أصحاب العروض: أجاز المنظم السعودي للجنة فحص

العروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات، ثم مع مَنْ يليه من المتنافسين، وذلك في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا ارتفعت العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر، فإنه يجوز للجنة فحص العروض في هذه الحالة التفاوض مع صاحب أقل عرض وفقاً للضوابط التالية:

١- يجب أن تحدد اللجنة مبلغ التخفيض بما يتفق مع أسعار السوق.

٢- تطلب اللجنة كتابةً من صاحب العرض الأقل تخفيض سعره، فإن امتنع أو لم يصل بسعره إلى المبلغ المحدد، تتفاوض مع العرض الذي يليه وهكذا.

٣- إذا لم يتم التوصل إلى السعر المحدد تلغى المنافسة ويعاد طرحها من جديد؛ حيث نصت الفقرة (أ) من المادة الحادية والعشرين من نظام المنافسات والمشتريات على أنه « يجوز للجنة فحص العروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات ثم مع من يليه من المتنافسين في الحالتين التاليتين:

أ- إذا ارتفعت العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر تحدد اللجنة مبلغ التخفيض بما يتفق مع أسعار السوق، وتطلب كتابياً من صاحب العرض الأقل تخفيض سعره، فإن امتنع أو لم يصل بسعره إلى المبلغ المحدد، تتفاوض مع العرض الذي يليه وهكذا، فإن لم يتم التوصل إلى السعر المحدد تلغى المنافسة ويعاد

طرحها من جديد».

ب- إذا زادت قيمة العروض على المبالغ المعتمدة للمشروع، وفي هذه الحالة يكون التفاوض على مرحلتين، المرحلة الأولى: التفاوض للتخفيض إلى السعر السائد، والمرحلة الثانية: التفاوض لإلغاء أو تخفيض بعض البنود وذلك بشروط:

١- ألا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع.

٢- ألا يؤثر ذلك على ترتيب العروض.

أما إذا ترتب على ذلك تغيير في ترتيب العروض أو إضرار بالمشروع، فإنه يجب إلغاء المنافسة؛ حيث نصت الفقرة (ب) من المادة الحادية والعشرين من نظام المنافسات والمشتريات على أنه «إذا زادت قيمة العروض على المبالغ المعتمدة للمشروع، يجوز للجهة الحكومية إلغاء بعض البنود أو تخفيضها للوصول إلى المبالغ المعتمدة بشرط ألا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع أو ترتيب العروض، وإلا تلغى المنافسة»، كما نصت الفقرة (ب) من المادة الرابعة والثلاثين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه «في حالة زيادة أسعار العرض عن المبالغ المعتمدة؛ بسبب ارتفاع الأسعار عن الأسعار التقديرية وأسعار السوق يتم التفاوض أولاً لتخفيض العرض إلى السعر السائد، ثم يتم التفاوض لإلغاء أو تخفيض بعض البنود وفقاً لأحكام المادة الحادية والعشرون من النظام».

رابعاً: تصحيح العروض: حصر النظام أعمال التصحيح في التصحيحات

المادية اللازمة في العرض، كما أجاز النظام للجنة فحص العروض أن تطلب من المتنافسين إيضاح أي بيانات أو غموض في عطاءاتهم، على ألا يخل ذلك بتكافؤ الفرص والمساواة بين المتنافسين، وألا يؤدي إلى التغيير في مسائل جوهرية بما في ذلك السعر، أو يحول العرض المخالف للشروط والمواصفات إلى عرض مقبول، ، ويكون التصحيح وفقاً لما يلي:

- ١- إذا أغفل المتنافس وضع أسعار لبعض البنود.
 - ٢- في عقود التوريد يعتبر المتنافس لم يقدم عرضاً بالنسبة للأصناف غير المسعرة
 - ٣- في حالة عدم تنفيذ المتعاقد البنود المحملة على إجمالي قيمة العرض يتم تنفيذها على حسابه، أو يحسم ما يقابل تكاليفها حسب متوسط سعر البند لدى المتقدمين للمنافسة
 - ٤- على لجنة فحص العروض مراجعة جداول الكميات والأسعار الواردة في العرض اللازمة في العرض نصت الفقرة (أ) من المادة الثالثة والثلاثين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.
 - ٥- إذا وُجد اختلاف بين السعر المبين كتابةً والسعر المبين بالأرقام كانت العبرة بالسعر المبين كتابةً نصت الفقرة (ب) من المادة الثالثة والثلاثين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.
- خامساً: تقدير الأسعار: تتولى لجنة فحص العروض تقدير الأسعار، وذلك

في حالات معينة هي:

- ١- حالة العرض الواحد.
 - ٢- تسعير البنود المغفلة من المتنافسين كافة. حيث نصت الفقرة (ج) من المادة الثانية والثلاثين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على: «... أو السعر الذي تقدره لجنة فحص العروض في حالة العرض الواحد أو عدم تسعير البنود المغفلة من كافة المتنافسين».
 - ٣- تسعير البنود المستحدثة التي ليس لها مثيل في جداول الأسعار؛ حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة الثامنة والخمسين من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على « إذا لم يكن للأعمال الإضافية بنود أو كميات مماثلة في العقد، يتم العرض على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء، بحسب الأحوال لدراسة التكاليف بتلك الأعمال، ومناسبة الأسعار المقدمة من المتعاقد، فإن لم يوافق المتعاقد على ما تنتهي إليه اللجنة، يتم التعاقد على تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».
- المطلب الرابع: موقف الفقه الإسلامي من هذه الإجراءات
- الوسائل لها أحكام المقاصد، فالوسائل التي تؤدي إلى معاملات محرمة لا شك أنها محرمة، وكذلك الوسائل التي تؤدي إلى المعاملات الجائزة تكون جائزة، فإذا كانت عقود المناقصات من العقود الجائزة، فإن الإجراءات

المتبعة فيها تكون جائزة، لاسيما إذا كانت هذه الإجراءات تحقق مقصدًا من مقاصد الشريعة.

وبعد مرحلة الإعلان عن المناقصة تأتي الخطوة التالية لذلك وهي أن يقوم المتنافسون بتقديم عطاءاتهم للإدارة متضمنة شروطهم وأسعارهم، وهنا تثار مشكلة بالنسبة للفقهاء الإسلامي وهي تبدو في أن مقدم العطاء في المناقصة قد يكون غير مالك للشيء المقدم على المناقصة عليه، أو ليس عنده حاليًا، ومن ثم فهو يدخل في المناقصة ويودع عطاءه مع كونه غير مالك لهذا الشيء فهل يصح ذلك أم لا؟

وقد ورد عن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله الرجل يأتيني ويسألني البيع ليس عندي، أبيع منه، أم ابتاعه له من السوق؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (لا تبع ما ليس عندك) أخرجه أبو داود في سننه، رقم الحديث (٣٥٠٣)، والترمذي في سننه، رقم الحديث (١٢٣٢)، والنسائي في سننه، رقم الحديث (٤٦١٣)، وابن ماجه في سننه، رقم الحديث (٢١٨٧)، وأحمد في مسنده (٤٠٢/٣) رقم الحديث (١٥٣٤٧) ..

أما ما يتعلق بلجنة فتح العروض وفحصها فلا شك أن عمل هذه اللجان لا يتعارض مع مبادئ الفقه الإسلامي، لأنها تهدف من وراء كل هذه الإجراءات مراعاة الدقة، وعدم فتح باب الاتهام على الأعضاء بالمحسوبية، وذلك يتماشا مع تعاليم الإسلام التي تدعو إلى سد باب الاتهام الذي يفضي إلى التنازع

والخلاف بين الناس.

ولكن عند النظر في المناقصة نجد أنها لا تدخل في النهي الوارد في حديث حكيم السابق وذلك لعدة أمور هي:

١- النهي الوارد في بيع ما ليس عند الإنسان هو في خصوص المبيع

الشخصي لغير المالك

٢- أنه كبيع السلع الذي هو عبارة عن بيع موصوف في الذمة وهو جائز حالاً ومؤجلاً في رأي جمهور الفقهاء.

٣- أن الشيء المتناقص عليه إن كان عملاً كصنع شيء مثلاً إلى أجل فهو بيع الاستصناع الذي هو قسم من السلم، وإن كان هذا العمل كالزراع والسقى والضرب في الأرض بحصته من الربح مثلاً فهو مزارعة ومساقاة ومضاربة، وإن كان هذا العمل له شرائطه كالبناء والخياطة والطباخة بأجرة معينة فهو إجارة وكل ذلك مباح وجائز.

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على تحقيق مبدأ المساواة

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ولاية الرقابة القضائية على تحقيق مبدأ المساواة.

تكيف المنازعات المتعلقة بإخلال الإدارة لمبدأ المساواة بين المتنافسين في المناقصات بأنها دعوى ضد قرار إداري غير مشروع لعيب مخالفة الأنظمة واللوائح، وهي تدخل ضمن اختصاصات ديوان المظالم، وذلك وفق المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم، حيث نصت الفقرة (ب) من المادة الثالثة عشرة على ما يلي: « دعوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام -رما في حكمها- المتصلة بسلطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح » نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨)، وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ..

إن عيب مخالفة الأنظمة واللوائح هو العيب الذي يتعلق بمحل القرار الإداري ويأخذ هذا العيب في الواقع العملي ثلاث صور هي:

١- المخالفة المباشرة للأنظمة أو اللوائح.

٢- الخطأ في تطبيق الأنظمة أو اللوائح.

٣- الخطأ في تفسير الأنظمة أو اللوائح.

غير أن الذي يتعلق بموضوعنا هو عيب المخالفة المباشرة للأنظمة أو اللوائح، ويسمى أيضاً بالمخالفة الصريحة، وهذه المخالفة قد تكون إيجابية بمعنى أن تقوم الإدارة بعمل يجرمه النظام. كما يمكن أن تكون المخالفة سلبية بأن تمتنع عن القيام بعمل بالرغم من أن النظام يأمر به. ويعد هذا العيب الضمان الأكثر فعالية لمبدأ المشروعية حيث إن صفته العامة تسمح للحكم بعدم مشروعية القرار الإداري

من خلال الواقع العملي فإنه يصعب معرفة مخالفة جهة الإدارة للأنظمة من عدمه وهل أخلت بمبدأ المساواة إنما يكون غالباً من خلال لجنة فحص العروض وهي لجنة سرية يصعب على المتنافسين معرفة ما يدور داخلها غير أن المنظم السعودي لم يغفل عن ذلك حيث غاير بين لجنة فتح المظاريف، وبين لجنة فحص العروض ولجنة البت، وذلك لكون اللجنة الأخيرة تلعب دوراً أهم وأخطر في المنافسة حيث جعل رئيس لجنة فحص العروض لا تقل مرتبته الوظيفية على المرتبة العاشرة أو ما يعادلها، كما أن المنظم اشترط أن يشتمل تشكيل أعضاء اللجنة على عناصر معينة لم

يشترطها في أعضاء لجنة فتح المظاريف، حيث أوجب النظام أن يكون بين أعضاء اللجنة مراقب مالي وعضو قانوني بحيث يكون الأول لفحص العروض المالية المقدمة، و الثاني لمراعاة تطبيق مواد النظام عند فحص العروض كما يجوز أن يكون من بين أعضاء لجنة فحص العروض عناصر فنية وذلك حسب طبيعة المنافسة المطروحة.

المبحث الثاني :إجراءات التظلم قبل رفع الدعوى عند الإخلال بمبدأ المساواة

الوضع في المملكة العربية السعودية فإنه بعد صدور قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠)، وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ فإن إجراءات القضاء الإداري تكاد تكون محصورة فيها، وقد كان ديوان المظالم قبل صدور قواعد المرافعات والإجراءات الخاصة به لا يتقيد بالقواعد التي تحكم علاقات الأفراد عند الفصل في المنازعات الإدارية. وكان هناك تعميم من قبل رئيس ديوان المظالم رقم (٣) وتاريخ ١٣/٥/١٤٠٤هـ، وردت فيه بعض القواعد الإجرائية. وكان الديوان في حال عدم وجود نص خاص يبذل جهوده ليطبق المبادئ والنظريات الإدارية الحديثة التي تناسب الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات وتكون متمشية مع أحكام الشريعة الإسلامية).

ومنذ صدور لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ. أصبح الديوان يتولى الفصل في

المنازعات الإدارية. بموجب هذه اللائحة. ويلاحظ أن اللائحة لم تقتصر على القواعد الخاصة بالدعوى الإدارية وإنما تضمنت أيضاً القواعد المتعلقة بالدعوى التأديبية والجزائية وذلك تمثيلاً مع اختصاصات الديوان التي كانت نافذة قبل صدور نظام ١٤٢٨هـ.

وقد بينت لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم إجراءات التظلم قبل رفع الدعوى لديوان المظالم، حيث نصت المادة الثالثة من قواعد المرافعات على ما يلي: « فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن أو نشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ، وبالنسبة إلى القرارات الصادرة قبل نفاذ هذه اللائحة فتبدأ المدة المحددة للتظلم من تاريخ نفاذه، وعلى الجهة الإدارية أن تبت في التظلم خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر مضي تسعين يوماً على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه، وترفع الدعوى إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية إلى الديوان خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو مضي التسعين يوماً المذكورة دون البت فيه ».

ويبرر التظلم الإداري عادة بأنه يحقق هدفين رئيسيين لهما أهميتهما في تحقيق العدالة الإدارية وتخفيف العبء عن كاهل القضاء ويمثل الهدفان فيما يلي:- التظلم الإداري يعتبر محاولة صلح قبل عرض النزاع على المحاكم.. - إيضاح وتحديد موضوع الخصومة.

وفي هذا الصدد أشار ديوان المظالم إلى مبررات التظلم الإداري حيث قضى بأنها تتمثل من ناحية في « محاولة إنهاء المنازعات الإدارية... في مراحلها الأولى قبل طرحها على القضاء المختص إذا ما أجيب المتظلم إلى طلبه دون الدخول في لدد الخصومة أمام القضاء، ومن ناحية أخرى تقليل الوارد - بقدر الإمكان- من عدد القضايا التي ترفع إلى ديوان المظالم باعتباره جهة القضاء الإداري المنوط بها الفصل في تلك المنازعات»، وذلك يوفر للديوان الوقت والجهد حتى يتفرغ للفصل في الأفضية المطروحة عليه في وقت مناسب، مما يوفر فرصة للحوار بين طرفي النزاع.

المبحث الثالث: الطعن في قرار استبعاد أحد العطاءات
يجب على صاحب التظلم أن يتظلم للجهة الإدارية مصدرة القرار، وبعد التظلم للجهة الإدارية يكون للجهة الإدارية موقفان هما:

الأول: أن ترد الجهة الإدارية لصاحب التظلم أثناء المدة المحددة وفقاً لقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، ويكون ذلك خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا كان رد الجهة الإدارية هو الرفض فإن على الجهة الإدارية أن تسبب ذلك الرفض.

الثاني: أن تمر التسعين يوماً دون أن يصدر من الجهة الإدارية مصدرية القرار ردًا أيًا كان قبولاً كان أو رفضاً، ويعتبر ذلك بمثابة رفض الإدارة من التظلم، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قواعد المرافعات حيث نصت على ما يلي: «وعلى الجهة الإدارية أن تبت في التظلم خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر مضي تسعين يوماً على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه».

وبعد الانتهاء من مرحلة التظلم للجهة المختصة مصدرية القرار وهو ما يسمى بالتظلم الوجودي، فإنه حينئذ يحق لصاحب التظلم أن يتظلم لديوان المظالم، وذلك وفقاً لنص الفقرة (ب) من المادة الثالثة عشرة حيث نصت على ما يلي:

« تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي:

ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام -وما في حكمها- المتصلة بنشاطاتها، ويعد في

حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح.»

وقد بينت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كيفية رفع الدعوى وذلك في المادة الأولى، حيث نصت على ما يلي: «ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينييه متضمناً بيانات عن المدعي والمدعى عليه وموضوع الدعوى وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به إن كان مما تجب المطالبة به قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثانية من هذه القواعد ونتيجة المطالبة أو تاريخ القرار المطعون فيه إن كان مما يجب التظلم منه إلى الجهة الإدارية قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثالثة من هذه القواعد ونتيجة التظلم ويحيل رئيس الديوان الدعوى إلى الدائرة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للجهة المدعى عليها أو الدائرة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها فرع هذه الجهة إذا طلب المدعي ذلك وكانت الدعوى متعلقة بهذا الفرع. وللدائرة المختصة الاستعانة بأحد المختصين لتحضير الدعوى تحت إشرافها.»

وهناك جهات يحق لها التدخل في منازعات القرارات الإدارية، حيث نصت المادة الخامسة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بأن (على رئيس الدائرة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعداً لنظرها يبلغ به أطراف الدعوى وكلاً من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة، ويجب ألا

تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوماً كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية (وزارة الخدمة المدنية حالياً) أيضاً إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية المشار إليها في المادتين الثانية والثالثة من هذه القواعد.

ولكل من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة والديوان العام للخدمة المدنية بحسب الحال أن ترسل خلال هذه المدة وجهة نظرها إلى ديوان المظالم أو أن تطلب الاشتراك في المرافعة وفي هذه الحالة يتعين التنسيق مع الجهة الحكومية الطرف في الدعوة.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

امتناع الإدارة عن تنفيذ

أحكام القضاء الإداري

إعداد

سعد بن عثمان ماضي الماضي

إشراف

د. هاني بن علي الطهراوي

1430 - 1431هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) 251

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) 211

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) 48

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصل تمهيدي وأربعة فصول وخاتمة.
فصل تمهيدي: ويتضمن التعريف بمصطلحات الدراسة، وفيه مباحث
أربعة:

المبحث الأول: مفهوم الإدارة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الإدارة لغة.

المطلب الثاني: مفهوم الإدارة في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم الإدارة في الفقه.

المبحث الثاني: مفهوم التنفيذ والامتثال عن التنفيذ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ لغة.

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم التنفيذ في الفقه.

المطلب الرابع: ما المراد بالامتناع عن التنفيذ.

المبحث الثالث: مفهوم الحكم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحكم لغة.

المطلب الثاني: مفهوم الحكم في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم الحكم في الفقه.

المبحث الرابع: مفهوم الحكم الإداري، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحكم الإداري في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الحكم الإداري في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم الحكم الإداري في الفقه.

الفصل الأول: طبيعة الامتناع وأنواعه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: طبيعة الامتناع.

المبحث الثاني: أنواع الامتناع وموقف الشريعة الإسلامية منها، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: الامتناع المجرد.

المطلب الثاني: الامتناع ذي النتيجة.

المطلب الثالث: الامتناع في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإدارية وأسبابه،
وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

المبحث الثاني: أسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

المبحث الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من صور وأسباب امتناع
الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

الفصل الثالث: الوسائل المقترحة لعلاج مشكلة امتناع الإدارة عن تنفيذ
أحكام القضاء الإداري، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء
الإداري. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ الأحكام.

المطلب الثاني: تدخل القاضي الإداري في تنفيذ أحكامه.

المطلب الثالث: استخدام أسلوب الضغط المالي.

المطلب الرابع: موقف الفقه من الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام.

المبحث الثاني: الوسائل شبه القضائية لحث الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: لجان التقرير والإيضاح.

المطلب الثاني: الوسيط.

المطلب الثالث: موقف الفقه من الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام.

الفصل الرابع: حجية الأحكام القضائية والجزاء المترتب على الامتناع عن تنفيذها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مدلول حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بحجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: نطاق حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: جزاء امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري،
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

المطلب الثاني: انعقاد المسؤولية المدنية للإدارة.

المطلب الثالث: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول.

- الخاتمة .

- الفهارس ..

فصل تمهيدي

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الإدارة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الإدارة لغة. التنفيذ: مصدر للفعل نَفَّذَ، والنون والفاء والذال أصل صحيح يدل على قضاءٍ في أمرٍ وغيره

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ في النظام الأرجح أن يقال: هو إعمال القواعد النظامية في الواقع العملي اختياريًا أو جبرًا.

المطلب الثالث مفهوم التنفيذ في الفقه هو: إمضاء قضاء القاضي بشروطه.

المطلب الرابع المراد بالامتناع عن التنفيذ

المقصود بالامتناع عن التنفيذ: الامتناع يعني: الإحجام أو الترك أو القعود أو التقاعس فهذه كلها تعبيرات لمدلول واحد.

وامتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، يعني إحجام الجهة الإدارية أو تركها لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الواجب نفاذها أو تقاعسها في تنفيذها مما يؤدي إلى إضعاف قوة تلك الأحكام القضائية وامتثالها وإهدار ما تحمله تلك الأحكام القضائية من حجية.

المبحث الثاني مفهوم الحكم وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: مفهوم الحكم في اللغة. مصدر للفعل حَكَمَ يَحْكُمُ. والجمع: أحكام،. والحكم بالفتح هو المنع، وبالضم هو القضاء، ومنه قولهم: حكم بينهم يحكمُ أي: قضى.

المطلب الثاني مفهوم الحكم في النظام تلخص في ثلاثة اتجاهات:

أ- الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم يراد به: كل القرارات التي تصدرها المحاكم في خصومة أو في غير خصومة، ولو لم تكن فاصلة في نزاع، كالحكم بالتصديق على الصلح، أو إثبات تنازل خصم عن دعواه

ب- الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم هو: القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رُفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة، أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه

ج- الاتجاه الثالث: ويراد بالحكم عند أصحاب هذا الاتجاه: القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات وفق قواعد المرافعات

والذي يظهر أن الاتجاه الأخير هو الاتجاه الأوجه، ذلك أن الحكم القضائي يجب أن ينحصر إطلاقه في الوظيفة الأساسية للسلطة القضائية وهذه الوظيفة هي فصل الخصومات وإنهاء المنازعات.

المطلب الثالث مفهوم الحكم في الفقه الفقهاء يعنون بالحكم على وجه العموم: الأثر الثابت بالخطاب، كالوجوب والحرمة وغيرهما.

يمكن أن يستخلص من هذه التعاريف تعريفاً مختصراً وشاملاً للحكم القضائي، فيقال في تعريف الحكم القضائي أنه: فصل الخصومة من مختص بطريق الإلزام.

المبحث الثالث مفهوم الحكم الإداري وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحكم الإداري في اللغة. الحكم في اللغة يأتي لمعان أبرزها: المنع والقضاء. وأما مفهوم الإدارة في اللغة؛ الإدارة مصدر للفعل أَدَارَ يُدِيرُ. ومنه: أدار الآلة: إذا جعلها تدور، وأدار الرجل على الأمر: حاول منه أن يفعله. وأدار الرأي: قلبه في ذهنه وأحاط به، والمدير هو مَنْ يتولى تصريف أمر من الأمور.

المطلب الثاني مفهوم الحكم الإداري في النظام هو: القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات الإدارية وفق قواعد المرافعات.

المطلب الثالث مفهوم الحكم الإداري في الفقه الحكم الإداري في الفقه يقصد به -أيضاً- الحكم القضائي الصادر في المنازعة التي يختص بها قاضي المظالم.

وقد تعددت عبارات الفقهاء في تحديد مفهوم قضاء المظالم، لذا فإن قضاء المظالم يمكن تحديد مفهومه بأنه: (سلطة قضائية خاصة بمراقبة أعمال الدولة، والفصل في الخصومات التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما من ذوي القوة والنفوذ بسبب عمله الوظيفي أو بأي سبب آخر).

الفصل الأول

طبيعة الامتناع وأنواعه

المبحث الأول: طبيعة الامتناع.

المقصود بالامتناع وطبيعته الامتناع يعني: الإحجام أو الترك أو القعود أو التقاعس فهذه كلها تعبيرات لمدلول واحد.

وامتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، يعني إحجام الجهة الإدارية أو تركها لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الواجب نفاذها أو تقاعسها في تنفيذها مما يؤدي إلى إضعاف قوة تلك الأحكام القضائية وامتثالها وإهدار ما تحمله تلك الأحكام القضائية من حجية.

ولم يضع المنظم تعريفاً محدداً لجريمة الامتناع ، ولقد عرف بعض الفقهاء جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية بأنها « الأحجام الكلي أو الجزئي عن تنفيذ حكم قضائي واجب التنفيذ من جانب الموظف العام المكلف قانوناً بتنفيذه بقصد عدم وصول الحق الثابت بالحكم إلى من تقرر له »

المبحث الثاني أنواع الامتناع وموقف الشريعة الإسلامية منها

المطلب الأول جرائم الامتناع المجرد

المقصود بجرائم الامتناع المجرد: تتكون جرائم الامتناع المجرد من الإحجام ذاته، ولا يستلزم لقيامها نتيجة إجرامية

فالامتناع في هذا النوع من الجرائم يستغرق أركان العمل غير المشروع سواء كان ذلك عمداً أو غير عمداً، ما دامت توجد إرادة عدم إتيان الفعل الواجب القيام به لتنفيذ إرادة المشرع

وتتحقق هذه الطائفة من الجرائم في مجال الشريعة الإسلامية بمجرد عصيان الأمر المطلوب شرعاً ، هذا وإذا كنا قد علمنا أن هذه الطائفة من الجرائم ليس من بين عناصرها النتيجة الإجرامية، فإننا نجد البعض يرى وجود نتيجة إجرامية في هذا النوع من الجرائم ونتيجة لذلك أجرى بعضهم تقسيماً لجرائم الامتناع المجرد إلى جرائم سلوك سلبى مجرد وجرائم سلبية ذات نتيجة. وقالوا: إن جرائم السلوك المجرد تتحقق عندما تتكون الجريمة في عدم الإتيان بالفعل الذي أمر النص بوجود القيام به ، أما النوع الثاني من جرائم الامتناع المجرد -حسب هذا الرأي- فتجد مصدرها لها تلك

النصوص التي توجب بجانب الإتيان بفعل معين، توجب أيضاً تحقيق نتيجة معينة.

نماذج من جرائم الامتناع المجرد في الشريعة الإسلامية من أمثلة جرائم الامتناع المجرد في الشريعة الإسلامية والتي يكون لها مثل في القوانين الوضعية. جريمة الامتناع عن الشهادة. قال تعالى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا سورة البقرة، آية (٢٨٣)..

جريمة الامتناع من دفع النفقة الواجبة. قال تعالى: لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا سورة الطلاق، آية (٧). وكذلك جريمة امتناع الأم عن إرضاع طفلها قال تعالى: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ سورة البقرة، آية (٢٣٣).

المطلب الثاني جرائم الامتناع ذي النتيجة

المقصود بجريمة الامتناع ذي النتيجة: تلك الجريمة التي يتكون ركنها المادي من امتناع أعقبته نتيجة إجرامية ويضرب فقهاء الشريعة وشرح القوانين أمثلة لهذا النوع من الجرائم ومنها ما يأتي:

١- إحجام الأم عن إرضاع طفلها أو عن ربط حبله السري مما أدى إلى قتله.

٢- إحجام الممرضة عن إعطاء المريض الدواء اللازم فأدى ذلك إلى وفاته. ونلاحظ أن القاسم المشترك بينها أن الركن المادي فيها جميعاً يتكون من الإحجام والنتيجة المترتبة عليه

المطلب الثالث موقف الشريعة الإسلامية من أنواع الامتناع

الأصول الشرعية للامتناع في الشريعة الإسلامية: أوامر الشرع ونواهيه ثابتة لا مجال للشك فيها وبعضها معلوم بالنص الصريح من الكتاب والسنة، أو إجماع السلف الصالح عليه، وإن لم يكن نص ولا إجماع فإن تلك الأوامر والنواهي التي اعتبرت أساساً للتجريم تُعرف بالاستنباط الفقهي المقيد بمعاني النصوص، والقيام على الأحكام والغايات التي يطلبها الإسلام.

ولقد عرف الأصوليين الواجب بأنه: خطاب الشارع بما ينهض تركه سبباً للذم شرعاً في حالة ما وهو بهذا المعنى يتسع فيشمل كل المطلوبات التي طلبها الله تعالى من عباده ويكون الامتناع عنها إثماً.

وقد قسم الفقهاء الواجب إلى واجب عيني وواجب كفائي، فالواجب العيني هو الذي يُطالب به كل شخص مستوفي لشروط الوجوب، ويأثم إن لم يفعله، أما الواجب الكفائي فهو الذي يكون المطلوب فيه تحقق الفعل من الجماعة غير متعين له شخص بعينه، فإن لم يحصل أثم الجميع.

جرائم الامتناع ذي النتيجة في الشريعة: إن بعض القوانين قد تعترف بهذا النوع من الجرائم وتعالجه بنصوص صريحة والشريعة الإسلامية سباقة في هذا المضمار فلم يسبقها فيه سابق فقد روى في ذلك أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر ابن الخطاب ديته المحلى لابن حزم ص(٥٣٣) مسألة رقم (١٠٩٧)..

وتعاقب الشريعة الإسلامية في هذا النوع من الجرائم على مجرد الامتناع حتى ولو لم يبلغ حد الشروع المعاقب عليه في النظام باعتبار أن الامتناع في ذاته معصية كما أن الشريعة لا تقف عند هذا الحد، بل تذهب إلى ما هو أبعد من ذلك حيث من المقرر طبقاً لأحكامها أن المضطر إلى الطعام أو الماء له الحق أن يقاتل الممتنع ويحصل منه على ما يقيم به بدنه وإن قتل المضطر الممتنع فلا دية عليه لأنه في موقع المدافع.

وهذا لا تعرفه القوانين الوضعية وحتى إذا قررت القوانين شيئاً من هذا أو قال به شراحها فإن مصدرها الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني

صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري وأسبابه

المبحث الأول: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة

ضدها. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التأخير في التنفيذ ويتفرع منها فرعين:

الفرع الأول: صور التأخير في تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

الفرع الأول: صور التأخير في التنفيذ. لما كانت الإدارة ملزمة بتنفيذ

الأحكام القضائية بصفة عامة، والإدارية بصفة خاصة بمجرد صدورها

وإعلانها، فإن هي تباطأت أو تأخرت في تنفيذها دون سبب قانوني،

وتجاوزت الوقت اللازم الذي يقدره القاضي بحسب الأحوال، عُد ذلك

التأخير بمثابة قرار سلبي غير مشروع، يقيم مسؤولية الإدارة، ويميز

للمحكوم له أن يطلب إلغاءه والتعويض عما أصابه من أضرار نتيجة قرار

الإدارة المخالف للقانون، ولقد استقرت أحكام ديوان المظالم على ذلك حيث حكمت الدائرة الإدارية السادسة بإلزام بلدية محافظة الدوادمي بأن تدفع للمدعي تعويض قدره (١٢١٠٨٣) جيرا للضرر الذي وقع على المدعي من جراء التأخير في تنفيذ الحكم.

ويدخل التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام في نطاق الاختصاص المقيد الذي ترك لها حرية اختيار اللحظة المناسبة للتدخل. وتقدير المدة المعقولة للتنفيذ وإن كانت متروكة للسلطة التقديرية للإدارة إلا أن هذا التقدير يخضع لرقابة القضاء الإداري، وهذا ما جرى عليه العمل في أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية حكم رقم ٣٤/د/١/٦ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٤٨٦٩/١/ق لعام ١٤٢٧هـ..

الفرع الثاني: شروط التنفيذ المتأخر. بالنسبة للتأخير عن التنفيذ والذي

يعتبر إحدى صور الامتناع عن التنفيذ فيشترط فيه شرطان:

أولهما: أن يكون التأخير لمدة معقولة.

وثانيهما: أن تكون هناك أسباب مقبولة تبرر التأخير عن التنفيذ، وذلك ما

سوق أتناوله بالتفصيل.

أولاً: وجوب أن يكون التأخير لمدة معقولة: ، تحديد تلك المدة يختلف باختلاف كل منازعة. إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لها الحرية المطلقة في تحديد المدة اللازمة لتنفيذ الحكم، فالقضاء يهتدي في ذلك بالمعيار الزمني - وإن كان غير كافي- ويفترض عدم وجود صعوبات تعترض التنفيذ

ثانياً: وجود أسباب مقبولة للتأخير في التنفيذ. إذا انتفى هذا السبب فإن تأخيرها عن التنفيذ يُعد امتناعاً عن التنفيذ، مما يستوجب مسؤوليتها ويعتبر تأخر الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها دون أن تستند في تأخيرها إلى سبب في الواقع أو النظام. بمثابة قرار سلبى مخالف للقانون في أحد أحكامها.

المطلب الثاني التنفيذ الجزئي للحكم أو إساءة التنفيذ تتعدد صور التنفيذ

الجزئي، فقد يكون ناقصاً أو مشروطاً أو مغايراً لمقتضى الحكم، وذلك ما سوف أتناوله على النحو التالي.

الفرع الأول: التنفيذ الناقص. قد تقوم الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي ظاهراً، لكنها لا تلتزم بتنفيذ مضمون الحكم حرفياً، وإنما تتعسف بمقتضى السلطة الممنوحة لها، فلا تنفذ الحكم حسب مضمونه، بل تنفذه تنفيذاً ناقصاً ومبتوراً بما يتوافق مع رغبتها

والتنفيذ الناقص للحكم يقوم مقام عدم التنفيذ من حيث الأثر، فالإدارة حين تنفذ الحكم -هنا- فإنها لا ترتب، على هذا الحكم جميع الآثار النظامية التي يتعين إعمالها إنفاذاً له، وبذلك يكون تنفيذها للحكم قاصراً ومبتوراً.

وفي هذه الحالة يحق للمحكوم له الطعن في القرار الإداري الصادر تنفيذاً للحكم على غير الوجه الذي طلبه الحكم، وله الحق -أيضاً- في المطالبة بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر.

الفرع الثاني: التنفيذ المشروط. الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام التي يصدرها القضاء العادي بصفة عامة -والإداري بصفة خاصة- بدون أن تقيد ذلك

الالتزام بالتنفيذ بشروط، وتعلق تنفيذ الحكم بصورة كاملة على تحقق تلك الشروط، فإن هي فعلت ذلك تكون مخالفة للقانون وتنعقد مسؤوليتها التي توجب الحكم عليها بتعويض.

الفرع الثالث: التنفيذ البديلي أو المغاير لمقتضى الحكم. قد تلجأ الإدارة في تنفيذ الحكم إلى تنفيذه على وجه مغاير جزئياً لمضمون الحكم، وتبرر ذلك بأن هذا هو المقتضى النظامي حسب ما فهمته من منطوق الحكم أو استنتجته من مضمونه.

، وعلى ذلك إذا ما كانت الإدارة حسنة النية وراغبة في التنفيذ المقتضى فعلاً، فإن عليها الالتجاء إلى القاضي لإزالة غموض حكمه وبيان كيفية تنفيذه، وعندئذ لا تتعرض للمسئولية من جراء التنفيذ، أما إذا فعلت غير ذلك ولم تتبع تلك الوسيلة برغبتها، فإن تنفيذها للحكم على ذلك النحو يستوجب مسؤوليتها

ومسألة الخطأ في تفسير المقصود من الحكم أو الخطأ في تفسير النظام لا يمكن أن تتسع لتشمل مسألة تنفيذ أو عدم تنفيذ الحكم، فتصل إلى حد الامتناع عنه بحجة التفسير، فالأمر هنا لا يتعلق بخطأ في فهم النظام بقدر

ما يتعلق برغبة الإدارة في الامتناع عن التنفيذ

المطلب الثالث الامتناع بإصدار قرار إداري

الفرع الأول: تعطيل تنفيذ الحكم بقرار إداري فردي. ويتحقق تعطيل تنفيذ

الحكم الإداري الصادر في مواجهة الإدارة بإصدار قرار إداري فردي

والذي يأخذ أحد طريقتين:

أولاً: الامتناع عن التنفيذ بالتزام الصمت: استقر قضاء ديوان المظالم على

اعتبار امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي بمثابة قرار إداري سلبى مخالف

للنظام حكم رقم ٣٤/د/١٤٣٠ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٤٨٦٩/١/ق

لعام ١٤٢٧هـ..، ويؤكد ذلك ما نصت عليه فقره (ب) من المادة الثالثة

عشر من نظام ديوان المظالم المادة الثالثة عشر من نظام ديوان المظالم

الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) الصادر في تاريخ

١٩/٩/١٤٢٨هـ..

وينطوي امتناع الإدارة عن إصدار قرارها لتنفيذ الحكم الإداري على

مخالفة قانونية وخطأ يستوجب مسؤولية الإدارة حكم ديوان المظالم رقم

٣٤/د/١٤٣٠ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٤٨٦٩/٣/ق لعام ١٤٢٧هـ..

ثانياً: إصدار قرار بمضمون القرار الملغى أو مشابه له: قد تلجأ الإدارة إلى التحايل على التزامها بتنفيذ الأحكام - ويصفه خاصة الإلغاء- فتصدر قراراً جديداً يحمل نفس مضمون وآثار القرار الملغى - مبررة ذلك بأن القرار الجديد الذي أصدرته كان بناءً على أسباب جديدة تجيز لها ذلك، ثم يتبين عدم صحة مبررها، ويظهر ذلك بوضوح عندما يصدر القرار الجديد من سلطة أخرى بخلاف السلطة التي أصدرت القرار الملغى. ويمكن لصاحب الشأن أن يرفع دعوى لإلغاء القرار الإداري الحديث والذي أصدرته الإدارة للتحايل على الحكم الصادر ضدها.

الفرع الثاني: تعطيل تنفيذ الحكم بقرار لائحي. لا ينبغي للإدارة أن تستتر وراء السلطة التي منحها إياها القانون في التنظيم بإصدار قرارات إدارية (فردية-لائحية) بقصد إعاقة تنفيذ الأحكام القضائية وإلا عد ذلك انحرافاً واضحاً بالسلطة لغير الغرض الذي شرعته من أجله. مما يتعين معه إلغاء هذه القرارات، وانعقاده مسؤوليتها.

المطلب الرابع الرفض الصريح جهة الإدارة نادراً ما تلجأ إلى هذه الصورة لوضوحها وخطورتها ودلالاتها على سوء نية الإدارة تجاه الأحكام القضائية وهنا تلجأ الإدارة إلى إحدى الصور السابقة للتنصل من مسؤوليتها في

تنفيذ الأحكام القضائية. واستخدام الإدارة لهذه الصورة يحملها المسؤولية كاملة تجاه عدم تنفيذ الحكم القضائي، ولكن هذه المسؤولية إنما تنشأ أساساً إذا كان هذا التنفيذ لا يرتب إخلالاً خطيراً بالصالح العام أو لم توجد قوة قاهرة تمنع من تنفيذ الحكم.

ورغم ندرة الوقائع التي جرت تطبيقاً لحالة الرفض الصريح وما نجم عن ذلك من قلة الأحكام الصادرة في شأنها إلا أن هناك عدداً من الشروط المستنتجة من خلال منطوق الأحكام وأسبابها يلزم توافرها حتى يترتب على قصد الإدارة بامتناعها الصريح أثره ويستوجب مسئوليتها وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

شروط الرفض الصريح :

أولاً: ألا يكون الامتناع الصريح نتيجة وجود حدث فجائي أو قوة قاهرة

ثانياً: عدم حدوث تغيير في المركز القانوني أو الواقعي للمحكوم لصالحه

ثالثاً: ألا تكون الإدارة قد بدأت التنفيذ

المبحث الثاني أسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري

المطلب الأول: الأسباب المستمدة من المصلحة العامة لا يجوز لجهة الإدارة التهرب من مسؤولياتها في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها بهذه الحجة؛ لأن تنفيذ الأحكام القضائية نابع أساساً من تحقيق المصلحة العامة التي هي احترام النظام وطاعة أحكام القضاء وتحقيق الاستقرار الاجتماعي وكذلك فإنه لا يجوز استهداف تحقيق المصلحة العامة عن طريق غير مشروع ومخالف للنظام.

المطلب الثاني الأسباب المتعلقة بصعوبات التنفيذ

الفرع الأول: الأسباب المادية قد تجدد الإدارة في الصعوبات المادية التي تعترض طريق التنفيذ سبباً لتبرر امتناعها عن تنفيذ حكم صادر ضدها دون أن يكون لهذا السبب أي أساس من الواقع أو النظام، ولقد فطن القضاء الإداري لهذه الحجة الواهية فاستبعد أعضاء الإدارة عن تنفيذ الحكم استناداً لهذا السبب.

استقر القضاء الإداري على عدم الاعتداد بتلك الأسباب ما لم تكن لها مستندات حقيقية.

الفرع الثاني: الأسباب النظامية إن جهة الإدارة حين تمتنع عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري قد تتعذر بأسباب حقيقية وأسباب غير حقيقية، وقد تتعلل الإدارة بصعوبة تفسير الحكم أو فهم مقصوده عندما تسيء تنفيذ الحكم، ورغم أن تلك الصعوبة قد تكون حقيقية إلا أن هذا لا يعطى الإدارة الحق في التخلص من التزامها بتنفيذ الحكم تنفيذاً كاملاً وصحيحاً، لأن استناد الإدارة إلى تلك الصعوبات لتبرير امتناعها عن التنفيذ يعتبر بمثابة قرار إداري يتصف بالسلبية ويخالف القانون.

أما إذا كانت الإدارة حسنة النية، وبادرت باتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم دون أن تتنكر له أو تتجاهله وإنما حدث أثناء تنفيذها للحكم ألما نفذته على نحو غير النحو المقصود به تماماً، فيكون خطأها في تفسير الحكم مغتفراً.

المطلب الثالث الأسباب المتعلقة بالدوافع الشخصية عدم التنفيذ يرجع لتلك الاعتبارات الشخصية كأن تكون هناك خصومة بين المسؤول عن التنفيذ وبين صاحب الشأن الذي صدر الحكم لصالحه. ولقد فطن القضاء الإداري إلى خطورة سيطرة الدوافع الشخصية، لما ينطوي عليه من إهدار لحجية الأحكام، وتغليب للمصلحة الفردية على المصلحة العامة التي ينبغي على

الإدارة أن تستهدف تحقيقها في كافة أفعالها، وألا تنحرف في تصرفاتها عن السبيل الذي حدده لها المشرع، فإذا ما خالفت الإدارة ذلك انعقدت مسؤوليتها بإلغاء التصرفات التي يقف وراءها دوافع شخصية والتعويض إذا كان له مقتضى، وإنما يشترط أن يثبت الموظف المنوط به أن التنفيذ قد انحرف في سلوكه عن المألوف وإلا انتفى عنه الخطأ وأصبح بمنأى عن المسؤولية.

المبحث الثالث موقف الشريعة الإسلامية من صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري وأسبابه وفيه مطلبان

المطلب الأول: موقف الفقه من صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

الفقه عالج كل صور الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية معالجة عامة وناجحة، وهذا العلاج يكمن في عدم قبولها مطلقاً إلا في حالات معينة، وقد سبقت الصور التي يمكن أن تتخذها الإدارة للامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي كالتأخير في التنفيذ، أو التنفيذ الناقص، أو الرفض الصريح وغير ذلك، وكل هذه الصور مرفوضة في الفقه طالما لم يكن لها سبب مشروع يسوغها.

وأما مسألة اختيار الإدارة للوقت المناسب للتنفيذ، وأن لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، فإن الفقه كذلك أعطى الإدارة هذه السلطة، ولكنه لم يتركها مطلقة بل ضبطها بعدد من القيود والضوابط التي تحكمها لئلا تتماذى في استخدامها على وجه غير مشروع، ومن تلك الضوابط.

أ - ألا تخالف الإدارة بمقتضى هذه السلطة أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- أن تستهدف الإدارة من هذه السلطة المصلحة العامة في تصرفاتها، وأن تلتزم بالأسباب التي حددها الشرع.

ج- أن تستعمل الإدارة هذه السلطة في الحدود اللازمة لاستعمالها دون تعسف أو استبداد.

وعليه، فإن التأخير غير المبرر لا يسوغ مطلقاً بل يرتب على مرتكبه من موظفي الدولة المسؤولية الكاملة تجاه هذا التأخير، وكذا التنفيذ الناقص، فإنه كعدم التنفيذ؛ لأن الحكم القضائي تطبيق لشرع الله تعالى، وهو لا يقبل التجزئة.

وأشد من ذلك الرفض الصريح لتنفيذ الحكم القضائي، إذ أنه يعد امتناعاً عن الامتثال لأمر الله تعالى، حيث قال سبحانه: **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً** سورة النساء، آية (٦٥)..

ولقد أكد السلف على أهمية تنفيذ الحكم القضائي ومن ذلك قول عمر بن الخطاب --: «.. فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له» السنن الكبرى: البيهقي (١٥٠/١٠)، وسنن الدارقطني (٢٠٦/٤)، ونصب الراية: الزيلعي

(٨٠/٥)، وسبل السلام: الصنعاني (٥٦/٢)

والملاحظ أن الفقهاء لم يفصلوا في بيان صور امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء عمومًا، ولعل ذلك عائدًا إلى أن التنفيذ منوطٌ أساسًا بولي أمر المسلمين أو من ينييه كالقاضي، ولذا كان تصور الامتناع في هذه الحالة صعب، إضافة إلى أن الفقهاء جعلوا تنفيذ أحكام القضاء فرضًا على الدولة كغيره من الفروض وألزموا الحاكم بالزام من يمتنع عن التنفيذ، ومعاقبة من يصر على ذلك.

المطلب الثاني موقف الفقه مهما يكن من سبب تتذرع به الإدارة للامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء، فإنه لا يمكن قبوله في الفقه كعذر يمنع من تنفيذ أحكام القضاء ما لم يكن قائمًا على مسوغ شرعي يبرر قبوله. ولذا لو كان تنفيذ الحكم القضائي يمكن أن يؤدي إلى فتنة أو خلل عام يؤثر على المصلحة العامة للأمة، فلا شك أن هذا يعد سببًا مسوغًا، وعذرًا شرعيًا يمنع من تنفيذ الحكم تبعًا لاعتبار المصالح والمفاسد، كما يتقرر ذلك في القاعدة الفقهية: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أحفهما. وتطبيق هذه القاعدة يكون فيما لو ترتب على تنفيذ الحكم مفسدة عامة، وعدم تنفيذه يرتب مفسدة خاصة بالمحكوم له، فلا شك أن

مقتضى أعمال هذه القاعدة مراعاة المفسدة العظمى بارتكاب المفسدة الصغرى وهي عدم التنفيذ.

ولذا فإن الفقه قد قرر قواعد عامة يمكن إعمالها في هذا المجال والنظر إلى المصالح والمفاسد والموازنة بينهما عند التعارض.

وعليه فإذا كان السبب المانع من التنفيذ مستمداً من المصلحة العامة، وأثر التنفيذ على تلك المصلحة محققاً وليس متوهماً -فكما سبق- تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويكون ذلك من باب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. أما لو كانت المصلحة العامة المتخذة سبباً للامتناع غير متحققة بل مزعومة للتملص من تنفيذ الحكم القضائي، فلا عبرة بهذا السبب ويتم تنفيذ الحكم

وأما إن كان سبب الامتناع عائد إلى معنى في الحكم ذاته لغموضه وعدم وضوحه، فإن على القاضي المصدر له تفسيره وبيان مقصوده لكي ينفذ الحكم على الوجه الصحيح

وأما بالنسبة للأسباب الشخصية التي تمنع من تنفيذ أحكام القضاء، فلا عبرة بها مطلقاً، وقد أكد الفقهاء على معاقبة من يمتنع عن تنفيذ الحكم لهوى في نفسه،

وأن من مهام ولي الأمر القيام بتنفيذ الأحكام وردع المخالفين لها؛ لأن في ذلك اعتراض على شرع الله تعالى المتمثل في الأحكام القضائية المطبقة للشريعة الإسلامية.

ولذلك كله فلقد حرص الفقهاء على التأكيد على أن ولي الأمر معني بقمع الممتنع عن تنفيذ أحكام القضاء، وجعلوا التنفيذ من مسؤولياته بل إنه بلغ من حرصهم على تنفيذ أحكام القضاء أن قرروا وجوب تنفيذ أحكام قضاة أهل البغي متى ما توافرت شروطه اللازمة لذلك، وهي:

- ١- أن يكون تأويل جرمهم غير ظاهر البطلان.
- ٢- ألا يستبيحوا دماء أهل العدل.
- ٣- ألا يخالف الحكم نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياساً جلياً.

الفصل الثالث

الوسائل المقترحة لعلاج مشكلة امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام

القضاء الإداري

المبحث الأول: الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ أحكام

القضاء الإداري وفيه أربع مطالب:

المطلب الأول: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

من الضروري تضمين أسباب الحكم كيفية تنفيذه، خاصة وأن أحكام القضاء الإداري جميعاً تتضمن إخطاراً لجهة الإدارة بواجبها في التنفيذ كما يقرره بعض الشراح. وقد أخذ ديوان المظالم بهذا الاتجاه، فيلاحظ في بعض أحكامه تذكير

للإدارة بواجبها في التنفيذ وكيفية ذلك كما في الحكم رقم ٣٣٠/ت/٣

لعام ١٤٠٩هـ، والحكم رقم ٥/د/أ/١٨ لعام ١٤٠٧هـ...

وهذا الإخطار لجهة الإدارة يمكن أن يأخذ عدة صور منها:

١- تضمين الحكم الأصلي كيفية تنفيذه، وخاصة في أسباب الحكم وهذا ما

تتضمنه بعض أحكام ديوان المظالم، ومنها الحكم رقم ١٨/١/د٥ لعام ١٤٠٧هـ.

٢- تضمين كيفية التنفيذ في حكم لاحق، وهذا عائد لرفض جهة الإدارة التنفيذ، أو بسبب التنفيذ الناقص

المطلب الثاني تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه استقر القضاء الإداري على مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وحظر حلوله محلها، وأن القاضي يقضي ولا يدير، ولذا لا يجوز له التدخل في اختصاص الإدارة لإرغامها على تنفيذ أحكامه، وكل ذلك من أجل تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدد من الشراح، وهو ما استقر عليه القضاء اعتماداً على المبادئ السابقة، ولأن القاضي تنتهي مهمته بالحكم في القضية، ومن ثم لا يعدو تدخله لتنفيذ أحكامه عن كونه تدخلاً في ما لا يملكه ولذا لا يجوز له ذلك. وقد أخذ ديوان المظالم بذلك كما في الحكم رقم ٦٨/ت/٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٣١٨/ق لعام ١٤٠٨هـ..

ولقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين وهما على النحو الآتي:

الفرع الأول: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة ويتفرع منه مسألتين على النحو الآتي:

المسألة الأولى: أساس مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري

يجد مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة أساسه في السياسة القضائية ذات الطابع العملي ، وترجع السياسة العملية إلى الظروف التاريخية التي صاحبت نشأة وتطور القضاء الإداري في فرنسا

أما القضاء الإداري السعودي والمتمثل في ديوان المظالم فقد أخذ أيضًا بهذا المبدأ حيث أن نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٩) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ تضمن اختصاصات المحاكم الإدارية في المادة الثالثة عشر حيث لم تتضمن تلك المادة ولم تنص على أن من اختصاصات المحاكم الإدارية تنفيذ تلك الأحكام ومن ذلك نستنتج أنه ليس للقاضي الإداري توجيه أوامر لجهة الإدارة لتنفيذ أحكامه بل أن سلطته تقف عند الحكم بمشروعية ذلك من عدمه وليس له إصدار أوامر لجهة الإدارة لتنفيذ تلك الأحكام.

ولقد تعددت الآراء الفقهية حول تبرير مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة بإسناده إلى عدة أسانيد قانونية.

المسألة الثانية: الأسانيد التي قيلت لتبرير مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة.

١- النصوص النظامية كمصدر لمبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي

الإداري للإدارة: في نظام القضاء الإداري السعودي لم يوجد نصوص نظامية تحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر إلى جهة الإدارة لكن النظام الإداري السعودي تأثر بما استقر عليه القضاء الإداري المصري بشأن حظر توجيه القاضي أوامره لجهة الإدارة.

٢- مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة كمصدر لحظر توجيه أوامر للإدارة: لما كان تحديد اختصاص المحكمة بنظر النزاع المطروح عليها من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإن أحكام القضاء الإداري قد استقرت على أن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام، وعلى ذلك فإن القاضي يحكم من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه بأية دعوى يكون موضوعها طلب توجيه أمر إلى الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن

عمل، أو يكون موضوعها طلب قيام القاضي بعمل من الأعمال التي تدخل في الاختصاص الإداري، وهذا ما جرى عليه نظام ديوان المظالم في المملكة.

فعدم اختصاص القضاء الإداري بتوجيه أوامر للإدارة يجد سنده في مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية والإدارة العاملة، وبهذا استقر مبدأ الفصل ليحكم بين القاضي الإداري والإدارة، فلا يجوز له التدخل في شئونها ولا يصدر لها الأوامر نظير التزامها باحترام أحكام القضاء.

٣- طبيعة سلطات قاضي الإلغاء كمصدر لمبدأ حظر توجيه أوامره للإدارة:

تمثل تلك الحجة في أن الطبيعة القانونية لسلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء تتنافى مع توجيه أوامر من القاضي للإدارة، فسلطة قاضي الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري، دون أن يكون له حق إصدار أوامر إلى الإدارة.

والقاضي الإداري يتقيد بنطاق الدعوى التي ينظرها، ولا يجوز له تجاوز ذلك النطاق، وعلى ذلك لا يجوز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة

باتخاذ إجراءات أو تدابير لازمة لتنفيذ الحكم الذي يصدره، لأن هذه الأوامر تخرج عن نطاق الدعوى التي ينظرها

و تتسع سلطات القاضي في دعاوى القضاء الكامل في مواجهة الإدارة لتصل إلى درجة تحديد ما يجب عليها عمله تنفيذاً لحكمه، وعلى ذلك يستطيع القاضي الإداري أن يأمر الإدارة بإعادة الشيء إلى أصله السابق.

الفرع الثاني: تقدير مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة

بداية من القرن العشرين ظهر اتجاه في الفقه الفرنسي يطالب القضاء الإداري بالعدول عن سياسته في عدم توجيه أوامره للإدارة وقد دعا أنصار هذا الاتجاه إلى فرض غرامة تهديدية بحكم من القضاء على الجهات الإدارية التي تنشأ مسؤوليتها عن عدم تنفيذ الالتزامات القانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل، التي تتحملها هذه الجهات، وذلك من أجل حثها على تنفيذ هذه الالتزامات. وهذا ما جرى عليه ديوان المظالم في كثير من أحكامه حيث جاء في حكم له بتعويض أحد المدعين مبلغاً وقدره مائة وواحد وعشرون ألفاً وثلاثة وثمانون ريالاً جراء منع المدعى عليه بلدية الدوامي للمدعي من الاستفادة من أرضه مع صدور حكم لصالحه بذلك حكم رقم

٣٤/د/١/٦ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٤٨٦٩/١/ق لعام
١٤٢٧هـ..

إن السماح لرجل الإدارة بالألا يحترم الالتزامات التي يفرضها عليه القانون،
والالتزامات الناشئة عن الشيء المقضي به، فهو بذلك يهدر المبدأ
الديمقراطي في قاعدة هذا النظام، وإن كانت الإدارة مصابة بداء الشمولية
فإنها سوف تكون قادرة -بالنظر إلى المحظورات المفروضة على القاضي-
على أن تعلق فوق القانون نفسه.

ولقد دعا بعض الفقهاء القاضي الإداري إلى توجيه أوامر للإدارة باتخاذ
إجراءات أو تدابير لتنفيذ أحكامه عندما تتأخر الإدارة كثيراً في تنفيذ
التزاماتها

ويرى البعض أن الأحكام القضائية إذا كانت تمثل جزءاً من بيان الشرعية،
فإن أي قرار إداري يتجاهل هذه الأحكام يقبل الطعن فيه بسبب تجاوز
السلطة، وهذا الرأي رغم وجاهته، إلا أنه ينطوي على كثير من التعميم
لأنه في كثير من الأحيان يكون تصرف الإدارة المخالف للشيء المقضي به
له ما يبرره من صعوبات مادية أو قانونية، وبذلك يضحى وصف تصرف

الإدارة في هذه الحالة بالاعتداء المادي منطويًا على كثير من التجاوز.

وفي النهاية نأمل أن يأتي اليوم الذي يحقق فيه القاضي الإداري أحلامنا وأحلامه، ويتحرر من القيود المفروضة عليه.

المطلب الثالث: استخدام أسلوب الضغط المالي إن القاضي الإداري إذا كان لا يملك حق توجيه أوامر لجهة الإدارة لتنفيذ أحكامه، فإنه على الرغم من ذلك لم يُعَدَم الوسائل التي تمكنه من ممارسة الضغط على جهة الإدارة من أجل تحقيق ذلك، ومن هذه الوسائل: استخدام أسلوب الضغط المالي على جهة الإدارة لحملها على التنفيذ ولكن لابد عند الحكم من مراعاة أمرين.

الأول: وجود التزام على جهة الإدارة بالتنفيذ.

الثاني: وجوب أن يكون التنفيذ ممكنًا.

وأسلوب الضغط المالي أو ما يسمى: بالغرامة التهديدية أخذ به القضاء الإداري في فرنسا، ولكن لم يُؤخذ به في ديوان المظالم؛ لأن الحاجة لم تدع إليه، وذلك لقلّة حالات عدم التنفيذ من قبل جهة الإدارة؛ إضافة إلى أن ذلك ليس من اختصاص الديوان.

المطلب الرابع موقف الفقه من الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري

أولاً: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ الأحكام. وهذه الوسيلة عند عرضها على الفقه نجد: أن الاختصاص بالتنفيذ أساساً منوط بولي الأمر، وله إنابة غيره في هذه المهمة. وقد كان التنفيذ في بداية العصور الإسلامية يعهد إلى القاضي نفسه، فتكون مهمته القضاء والتنفيذ معاً، كما هو الحال عليه - أيضاً- بالنسبة لقاضي المظالم، ولذا فإنه لا يحتاج إلى إخطار الإدارة بذلك؛ لأن التنفيذ من اختصاصه، ومن ثم يكون له الحق في مباشرته بذاته. وأما إن عهد الإمام بالتنفيذ إلى غير القاضي من الولاة والعمال ونحوهم فإنه يحق للقاضي إخطار الإدارة ممثلة في شخص الوالي بواجبها بالتنفيذ، ولذا فقد بلغ الأمر ببعضهم إلى التهديد بترك القضاء إن لم ينفذ الوالي حكمه.

ثانياً: تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه إذا كان التنفيذ ليس من اختصاص القاضي؛ فإنه لا يمنعه ذلك من التدخل لدى المختص لطلب تنفيذ حكمه والإصرار على ذلك - - .

والقاضي الإداري في العصور الإسلامية يقضي ويدير، فقد كان قاضي

المظالم يتمتع بسلطات تنفيذية إلى جانب سلطاته القضائية.

ثالثاً: استخدام أسلوب الضغط المالي. إذا نظرنا إلى ديوان المظالم في المملكة نجد أن لم يأخذ بهذه الوسيلة وذلك يرجع إلى قلة حدوث ظاهرة عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

وعند عرض هذه الوسيلة على الفقه يتضح أن التنفيذ إذا كان من اختصاص الجهة الإدارية، فهل يجوز للقاضي فرض غرامة مالية عليها لتأخرها في التنفيذ بصفته نائباً عن ولي الأمر؟ إن الجواب على هذا يستدعي البحث في مدى جواز استخدام العقوبات المالية في التعزير.

وعند النظر في ذلك نجد أن بعض الفقهاء أجازوا التعزير بالعقوبات المالية لولي الأمر، وله استخدامها كعقاب للمخالف والمتعدي بحسب المصلحة.

واستدلوا لذلك بعدة أدلة منها:

١- أن رسول الله ﷺ أمر بتحريق نخل بني النضير أخرجهم البخاري في

صحيحه (١١٩/٢)، ومسلم في صحيحه (١٣٦٥/٣)..

٢- مضاعفة الغرم على سارق مال قطع فيه من الثمر والكثير المصنف: ابن أبي شيبة (٥٢٧/٦)، وشرح معاني الآثار: الطحاوي (١٧٢/٢)..

وعلى هذا، فإنه إذا جاز لولي الأمر التعزير بأخذ المال من أفراد الرعية لمخالفتهم للواجبات المترتبة عليهم، مع ما هو واجب عليه من المحافظة على أموالهم ورعايتها، فلأن يجوز له تعزير من تحت ولايته من باب أولى.

ومما يؤكد ذلك: أن عمر بن الخطاب -- كان يصادر الأموال التي يأتي بها الولاة كأموال خاصة بهم، ويضعها في بيت مال المسلمين، وما ذلك إلا لأنه يرى أن هذه الأموال إنما استحقت لهم بسبب أعمالهم، ولذا فإن إرغام الإدارة والمسؤولين عنها على تنفيذ أحكام القضاء الصادرة ضدهم، وتوقيع الغرامة عليها عند التأخير مما يدعوهم إلى المسارعة في التنفيذ، وهذا هو المقصود الأساسي من القضاء.

وطالما كانت هذه الوسيلة وسيلة مشروعة، وتحقق بها هذه الغاية المحمودة فلا يوجد ما يمنع من استخدامها شرعاً؛ لأنها جائزة في ذاتها - كما سبق -.

وقد عمل في نظام المرافعات الشرعية الجديد ونظام القضاء الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) والصادر بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ باستحداث

قاضي التنفيذ الذي يناط به متابعة تنفيذ الأحكام القضائية وهذه خطوة مباركة قام بها المسؤولين عن القضاء وعلى رأسهم خادم الحرمين الشريفين -حفظه الله- وذلك لضمان حجية الأحكام القضائية وعدم إهدار تلك الحجية عن طريق تعطيلها وعدم تنفيذها.

لذلك فأنا أقترح من خلال هذا المبحث أن تشكل لجنة مكونة من عدد من القضاة تكون مهمتها مراقبة تنفيذ أحكام القضاء الإداري وإيقاع الغرامات المالية المناسبة لأجل عدم تنفيذ تلك الأحكام وذلك حماية لهيبة الأحكام الإدارية وعدم إهدار حجيتها.

المبحث الثاني الوسائل شبه القضائية لحد الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري

المطلب الأول: لجان التقرير والإيضاح.

بالنسبة لديوان المظالم في المملكة؛ فإن نظامه قد نص على أنه على رئيس الديوان رفع تقرير سنوي للملك عن أعمال الديوان وهذا ما تضمنته المادة (٢٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

ولعل هذا النص يتضمن أهم مهام اللجان السابقة واختصاصاتها، فعن طريق هذا التقرير يمكن الإشارة إلى الصعوبات التي تواجه تنفيذ الأحكام الإدارية، والجهات الإدارية التي لا تقوم بواجبها في التنفيذ، ومخاطبة الجهات الإدارية المعنية وإدراج كل ذلك في التقرير السنوي المرفوع للملك.

المطلب الثاني الوسيط الوسيط في حقيقته عضو مستقل مهمته القيام بدور الوساطة بين المحكوم له وجهة الإدارة في سبيل الوصول إلى تنفيذ الحكم القضائي، ويتدخل الوسيط في حالة عدم تنفيذ الحكم القضائي من قبل جهة الإدارار، وتتلخص سلطاته في هذا المجال فيما يلي:

أولاً: التوصية

ثانياً: الإحالة للمحاكمة التأديبية أو الجنائية.

ثالثاً: السلطة الأديبية للوسيط: سلطات الوسيط التي يستخدمها في أداء مهامه هي سلطات أديبية، إذ أنها تخلو من عناصر الإجبار والإرغام على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه.

رابعاً: سلطة الأمر. لا بد من الإشارة إلى أن دور الوسيط يختلف عن دور لجان التقرير والإيضاح من خلال السلطات الممنوحة لكل منها، فسلطات الوسيط تفوق سلطات هذه اللجان، إذ أنه يملك توجيه أوامر مباشرة لجهة الإدارة بضرورة التنفيذ مع تحديده مدة معينة لذلك، مع الاتفاق في عدم وجود جزاءات مادية توقع على الجهة الإدارية عند عدم التنفيذ.

وفي المملكة لا يوجد نظام الوسيط ولا يعمل به، ولعل مرجع ذلك عدم وجود ما يدعو له من حيث الواقع، إذ أن أغلب الأحكام القضائية تجد طريقها إلى التنفيذ، ثم إن التقرير السنوي الذي يرفع للملك من قبل رئيس الديوان يمكن تضمينه المشاكل والصعوبات التي تواجه تنفيذ الأحكام الإدارية، وإن كان من المستحسن دعم هذا التقرير بإجراء تحقيق في وقائع عدم التنفيذ من قبل الجهات الإدارية ورفع ما ينتج عن هذا التحقيق مع التقرير السنوي.

المطلب الثالث موقف الفقه من الوسائل شبه القضائية لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية

إذا عرضنا هذه الوسائل على الفقه نجد أن هذه الوسائل تعد من صلاحيات الإمام، فله إقرارها والإلزام بها لما فيها من المصالح حسب ما يراه؛ إذ الإمام لما كان له منح القاضي سلطة التنفيذ كما مر معنا في بداية ، فله أن يسن من الأنظمة والإجراءات ما يعزز جانب التنفيذ ويجعله أكثر فاعلية.

إضافة إلى أن لجان التقرير والإيضاح مطبقة من حيث مضمون العمل الذي تقوم به وإن لم توجد بالشكل الذي هي عليه الآن، ولعل من أبرزها ما تقدم من إرسال رسول ﷺ علي بن أبي طالب -- لبني جذيمة

ليرفع عنهم الظلم ويدفع دية قتلاهم فودي لهم الدماء، وما أصيب لهم من الأموال وعوضهم عنها حتى أنه عوضهم عن الوعاء الذي يسقى منه الكلب.

الفصل الرابع

حجية الأحكام القضائية، والجزاء المترتب على الامتناع عن تنفيذها
المبحث الأول: مدلول حجية الأمر المقضي في الشريعة الإسلامية، وفيه
مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بحجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية.
الأصل إذن أن حكم القاضي لا يجوز نقضه، ويجب أن يجوز على حجية
الأمر المقضي به. وهذا هو قول الفقهاء: إن الدعوى إذا فصلت مرة وحكم
بها بمقتضى الشرع لا تنقض ولا تعاد.

وقال الفقهاء أيضاً الأصل ألا تعترض أحكام القضاة العدول. وقالوا: إذا أصاب الحاكم لم ينقض حكمه أصلاً. وقالوا: (إن القاضي الأول إذا قضى بالكتاب والسنة المتواترة والإجماع نفذه الثاني، ولا يحل له نقضه).

من هنا قرر الفقهاء أيضاً عدم جواز تعقب وتتبع الحاكم قضايا من كان قبله. كما اتفق الفقهاء على أن القاضي إذا حكم باجتهاده في حادثة ثم رفعت إليه نفس الحادثة مرة أخرى أو ما يماثلها وتغير رأيه فرأى غير الرأي الأول الذي حكم به، فإنه لا يجوز له ولا لغيره نقض الحكم ولقد رتب الفقهاء على ذلك قاعدة جليلة مشهورة هي: (أن الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد).

والأصل في حجية الأمر المقضى به للحكم الاجتهادي هو إجماع الصحابة وأن أبا بكر حكم في مسائل خالفه فيها عمر ولم ينقض حكمه.

المطلب الثاني نطاق حجية الأمر المقضي في الشريعة الإسلامية

أولاً: الحجية في الشريعة الإسلامية للعمل القضائي الذي يفصل في دعوى قضائية:

١- أحكام المحكمين: فحجية الأمر المقضي به كما هي مقررة للقضاء العام فإنها تشمل أيضاً أحكام المحكمين، فإن أحكامهما تكتسب حجية الأمر المقضي به، فهي ملزمة للطرفين وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.

٢- حجية الحكم الضمني: الواقع أن الحكم الضمني له حجية الأمر المقضي به كالحكم الصريح

٣- حجية الحكم في المسائل الأولية في الشريعة الإسلامية الفصل في المسألة الأولية لا يعتبر فصلاً في الدعوى، فهو فصل داخل الخصومة، وبالتالي لا تحوز على حجية الأمر المقضي به

إلا أن هناك بعض المسائل الأولية استثنيت من هذه القاعدة كالحكم بتفليس من أحاط الدين بماله، فإنه حكم يحوز حجية الأمر المقضي.

ثانيًا: حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية أثر منطوق الحكم وفعل القاضي وإشارته:

إن الأعمال القضائية لا تكتسب الحجية إلا إذا نطق بها القاضي كان يقول بكذا حكمت وحكمت لكذا، أو فعلها القاضي، كأن يكتب القاضي الحكم بيده ويقول: أشهدوا علي بمضمونه، وكذلك لو سُئل القاضي هل حكمت بكذا فأشار برأسه فهذه الأقوال والأفعال، والإشارات هي التي تكتسب الأعمال القضائية حجية الأمر المقضي. ويرى بعض أهل العلم أن الحجية عند الفقهاء أوسع منها عند القانونيين.

ثالثاً: حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية تقتصر على أطراف الخصومة وعلى الشيء المقضي فيه: لحجية الأمر المقضي به نطاق شخصي فهي تقوم بين طرفي الخصومة الحقيقيين، وفيما عدا طرفي الدعوى وخلفاءهم لا حجية للعمل المقضي به عليهم، قال تعالى: **لُغَيَّرَ اللَّهُ أَبْغِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ** سورة الأنعام، آية (١٦٤).

كذلك فإن الحجية تقتصر على الشيء المقضي فيه فلا تعداه إلى الوقائع الأخرى

رابعاً: حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية لا تمتد إلى تغيير الوصف الشرعي: قال جمهور الفقهاء: « إن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمر، لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر وهو الذي تعبد به، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحريم والتحليل، قال ﷺ: « إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هو قطعة من النار فليأخذها أو ليركها » أخرجه

البخاري برقم (٢٤٥٨)، وكذلك (٢٦٨٠)، وأخرجه مسلم برقم (١٧١٣) ..

وجاء في كتاب الإجماع: وأجمعوا على أشياء مما يحكم بها الحاكم في الظاهر أنها حرام على المقضى له به، مما يعلم أن ذلك حلال عليه. ولكن هذا الإجماع في الأموال خاصة، لأن جمهور الأحناف خالفوا الجمهور في الفروج، وقالوا بالجواز مثل أن يشهد شاهداً زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي وهي ليست له بزوجة، فقال الجمهور: لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم، وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه تحل محله.

المبحث الثاني جزاء امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري

المطلب الأول: إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به. ويتفرع منه فرعين:

الفرع الأول: إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به في النظام أما بالنسبة لإجراءات هذه الدعوى وطبيعتها النظامية؛ فإنها لا تختلف من حيث الجوهر عن دعوى إلغاء أي قرار إداري إلا في بعض الجوانب، ولذا فإنه يشترط لقبولها:

١- أن يكون هناك قرار إداري.

٢- أن يكون القرار الإداري نهائياً.

٣- توافر المصلحة لرافع الدعوى.

و هذه الدعوى تختلف عن دعوى الإلغاء في أمور:

أ- أن الحكم في هذه الدعوى غالباً ما يشتمل على بيان كامل للكيفية التي يجب أن ينفذ بها الحكم.

ب- أن الحكم إذا كان متعلقاً بمنازعة مرتبطة بالوظيفة العامة، فإنه يقرر ما يجب أن يكون عليه الوضع الوظيفي تطبيقاً لمضمون الحكم.

ج- أنه في حال ما إذا بلغت المخالفة حد انعدام تطبيق القرار الملغي ووقوع اعتداءٍ مادي، فإنه في هذه الحال يترع عن قرارها صفته الإدارية، وينحدر به إلى حالة الانعدام

وأما بالنسبة للسبب الذي يعتمد عليه حكم الإلغاء، فإن امتناع جهة الإدارة عن التنفيذ يعد في حد ذاته مخالفة صارخة لمبدأ حجية الأمر المقضي به، بحيث يكون قرارها في هذا الشأن معيياً مستحقاً للإلغاء دون حاجة للبحث عن سبب آخر.

ولكون هذه الدعوى لا تختلف عن دعوى الإلغاء العادية في جوهرها، فقد ذهب بعض الشراح إلى تبرير وجودها كجزء لامتناع جهة الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية فأبرزوا أن لهذه الدعوى جدوى تلتخص في أمور منها:

١- أنها تحمل نوعاً من الإكراه الأدبي لجهة الإدارة

٢- أنها تضيف قوة جديدة إلى الالتزام السابق.

٣- أن الحكم الصادر في هذه الدعوة يزيل أي حجة قد تدعيها جهة الإدارة كمانع من التنفيذ.

ولكن عند التأمل، نجد أن هذه الدعوى لا تمثل جزءاً رادعاً لجهة الإدارة من الناحية العملية، بل إن المحكوم له والذي قد استغرقت الدعوى الأولى جهده ووقته من خلال طول مدة التقاضي ومماطلة الإدارة، ثم مع صدور الحكم لصالحه لم يتمكن من الوصول إلى حقه، فإن ذلك دافع له، بأن يفقد الأمل في الوصول إلى حقه بذات الطريق إذا كان ليس فيه إجبار حقيقي لجهة الإدارة على التنفيذ.

ولذلك كله كان من الأولى البحث عن طريق آخر يجبر الإدارة على الانصياع وتنفيذ الحكم القضائي، وهذا يتأتى من خلال إيجاد قسم مستقل - وإن كان داخل الجهة القضائية- يُعنى بمشكلة عدم تنفيذ الأحكام القضائية، ويكون دوره متمثلاً فيما يأتي:

أولاً: التقصي عن وقائع عدم تنفيذ الأحكام القضائية كل واقعة على حدة، وذلك بالبحث ومخاطبة الجهة الإدارية لمناقشة الأسباب الداعية لذلك الرفض.

ثانياً: التحقيق الفعلي في واقعة عدم التنفيذ عن طريق موظفين مستقلين في هذا القسم يكون من اختصاصهم إجراء التحقيقات مع كل من المحكوم له طالب التنفيذ، وموظفو الجهة الإدارية المسؤولون عن التنفيذ مع منحهم الصلاحيات الكاملة لذلك.

ثالثاً: عند التحقق من مسؤولية الجهة الإدارية عن التنفيذ يتم مخاطبتها رسمياً، والتأكيد عليها بواجبها في التنفيذ، وإنذارها بتسجيل امتناعها عن التنفيذ في التقرير السنوي الذي يرفع إلى الملك.

رابعاً: تسجيل كل ما تم من وقائع عدم التنفيذ والتحقيقات التي تمت في هذا الشأن في التقرير السنوي، مع تحديد المتسبب في الامتناع عن التنفيذ تحديداً ووضوحاً.

خامساً: تتم محاسبة الجهة الإدارية وموظفيها عن واقعة عدم التنفيذ من قبل الجهة المسؤولة عن ذلك وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية على اعتبار أن ذلك من الإخلال بواجبات الوظيفة العامة.

وأما ما جرى عليه العمل في ديوان المظالم، فقد ذكر الديوان في هذا الشأن الحكم رقم ٧١/ت/٣ لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم

١٤٠٧ هـ: «... ومن حيث إن المدعي يحمل حجية استحكام صادرة من المحكمة الكبرى... وهو حكم شرعي واجب النفاذ يجب احترامه وتنفيذ ما يقضي به وعدم التعرض له بالإبطال لما له من الحجية والقوة وما دام قائماً، ولا يجوز التعرض له والمنازعة فيه إلا أمام الجهة القضائية المختصة التي أصدرته وفقاً للأنظمة والتعليمات وهو ما لم تفعله المؤسسة... المدعى عليها فقد أصدرت قرارها محل الطعن معيباً لمصادمته حكماً شرعاً قائماً تقضي الأنظمة والتعليمات تنفيذ مقتضاه، مما يتعين معه القضاء بإلغائه».

ولا يخل بأهمية هذا الحكم كونه صادراً من جهة قضائية غير القضاء الإداري فالقاعدة والأصل يبقى واحداً.

الفرع الثاني: موقف الفقه من إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به إذا نظرنا إلى موقف الفقه من ذلك نجد أن الفقهاء عرفوا القضاء والحكم بتعريفات يستدل منها على مقصودهم منه وهو: فصل الخصومة وإنهاء النزاع

وهذا يستلزم أنه إذا فصل في الدعوى، فإنه لا يجوز إعادتها مرة أخرى تحت أي ظرف، ولو كانت الإعادة ليست للدعوى ذاتها، وإنما لمضمونها - كما في مسألتنا وهذا ما أكده الفقهاء بقولهم: « الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنتقض ولا تعاد، حيث لا فائدة في إعادتها... ».

ولا شك أن رفع دعوى للمطالبة بإلغاء قرار مخالف للحكم القضائي يعد إعادة لمضمون الدعوى، حيث إن المطالبة تهدف إلى تنفيذ الحكم القضائي السابق وهذا هو هدف الدعوى الأولى، وكذا فإن موضوع هذه الدعوى بمجمله لا يخرج عن موضوع الدعوى السابقة.

ومما يدعم ذلك أن: تنفيذ أحكام القضاء منوط بولي الأمر أساساً، ولذا فإن أي امتناع عن التنفيذ يكون من مسؤوليته، ويجب عليه إزالته فوراً، ولا يتطلب ذلك دعوى مستقلة؛ لأن القرار المخالف للحكم القضائي يعد في حد ذاته امتناعاً عن تنفيذ الحكم الأول، فتكون مهمة الإمام من أجل التنفيذ هي إزالة ذلك القرار.

ولذا فإن التنفيذ إذا لم يُتَّح بسبب امتناع الإدارة في صورة قرار إداري عن تنفيذ الحكم، فإن الواجب في هذه الحالة عرض الأمر على

الإمام في نطاق طلب التنفيذ ليتم إزالة هذا القرار وتنفيذ الحكم. وكذا فإن الفقهاء قد قرروا في اختصاصات قاضي المظالم: الإشراف على تنفيذ الأحكام القضائية التي يعجز القضاة عن تنفيذها لنفوذ المحكوم عليه أو وجاهته، وهذا يدخل فيه جهة الإدارة عند امتناعها عن التنفيذ، ومرجع هذا الاختصاص: أن الحكم القضائي الذي لا يُنفذ يعد نوعاً من الظلم يستلزم تدخل قاضي المظالم لتنفيذه، وبذلك يظهر أن أيّ عمل مخالف للحكم القضائي يُعد ظلماً ينبغي إزالته فوراً لا رفع دعوى للنظر فيه. وبهذا يكون الفقه في ظاهره لا يؤيد رفع هذه الدعوى.

المطلب الثاني انعقاد المسؤولية المدنية للإدارة

الفرع الأول: شروط انعقاد المسؤولية.

أ- الخطأ من قبل جهة الإدارة.

ب- الضرر الواقع على صاحب الشأن.

ج- علاقة السببية بين تصرف الإدارة والضرر.

مع ملاحظة أن هذه المسؤولية قد تقوم بلا خطأ اعتماداً على

أساس تحمل التبعة (المخاطر). وتفصيل هذه الشروط كما يلي:

أولاً: الخطأ. من المقرر في القضاء الإداري أن خروج جهة الإدارة عن التزاماتها الناشئة عن أحكام القضاء يُعد عملاً غير مشروع، ويشكل خطأ من جانب الإدارة يحق معه لصاحب الشأن المطالبة بالتعويض.

أ- المسؤولية على أساس الخطأ. وهنا تنعقد مسؤولية الإدارة لامتناعها عن تنفيذ الحكم باعتباره خطأ مرفقياً يوجب التعويض، ويستوي في ذلك القرار الإداري المخالف للحكم القضائي سواء كان إيجابياً أو سلبياً.

وكذلك فإن الاختصاص بالتعويض - في هذه الحالة - لا يقتصر على العيوب المحددة للقرار الإداري التي نصت عليها المادة (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ

١٩/٩/١٤٢٨هـ

وكذلك فإن المسؤولية -هنا- تشمل تنفيذ كل الأحكام سواء كانت صادرة من القضاء العادي أو الإداري.

والامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية من قبل جهة الإدارة يأخذ صوراً متعددة - كما سبق بيانه في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا البحث -.

فقد يكون في صورة تأخر في التنفيذ. ويخرج من ذلك ما إذا كان سبب التأخير تبادل المكاتبات المعتادة بين الجهات الإدارية في هذا الشأن، ولم يكن التأخير نتيجة تقصير من الجهة المعنية بالتنفيذ.

وقد يكون الامتناع في صورة تنفيذ ناقص، أو تنفيذ على وجه غير صحيح، ، فإذا قامت بالتنفيذ الناقص انعقدت مسؤوليتها تجاه ذلك، وكذا لو تم التنفيذ على وجه غير مقصود في الحكم، ولكن يغفر للإدارة ما لو كان ذلك ناتجاً عن فهم خاطئ للحكم القضائي، وكان الحكم يحتمل ذلك التأويل، أما إذا كان واضحاً لا يحتمل التأويل فتقوم المسؤولية كاملة على جهة الإدارة.

وقد يأخذ الامتناع صورة الرفض الصريح لتنفيذ الحكم القضائي، وهذا لا شك مخالفة نظامية صارخة، وإهداراً لمبدأ حجية الأمر المقضي به، وهذا الرفض من شأنه زعزعة الطمأنينة والاستقرار في المجتمع.

ب- المسؤولية بدون خطأ. لقد أخذ القضاء الإداري بنظرية المسؤولية على أساس المخاطر وهذا النوع من المسؤولية له صفة استثنائية محددة، فهي تعد مكملة للنظرية الأساسية للمسؤولية على أساس الخطأ.

ولكن يشترط لقيام مسؤولية جهة الإدارة على أساس المخاطر شروط خاصة في الضرر الذي يحدث للمضروب علاوة على الشروط العامة -التي ستأتي فيما بعد- وهذه الشروط هي:

١- أن يكون هذا الضرر مادياً.

٢- أن يكون هذا الضرر خاصاً.

٣- أن يبلغ هذا الضرر درجة غير عادية من الجسامة.

وتستند نظرية المسؤولية على أساس المخاطر إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة وبناء على ذلك فإن الإدارة إذ امتنعت عن تنفيذ

الحكم القضائي لما قد يسببه التنفيذ من إخلال بالنظام العام، أو لما قد يحدثه من خطر على الأمن، فإنه -والحالة هذه- وإن أعفيت من المسؤولية الجنائية فإنها لا تعفى من المسؤولية المدنية المتمثلة في التعويض لما أصاب المحكوم له من أضرار تأسيساً على مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة

ثانياً: الضرر. تشدد القضاء الإداري في قيام ركن الضرر، ومن ذلك أنه يشترط في الضرر في جميع الأحوال الشروط الآتية:

١- أن يكون الضرر محقق الوقوع.

٢- أن يكون الضرر ماساً بحق ثابت للمضرور شخصياً ويحميه النظام.

٣- ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه.

ثالثاً علاقة السببية بين الخطأ من قبل جهة الإدارة

وبالنسبة لاعتبار المسؤولية المدنية لجهة الإدارة في قضاء ديوان المظالم، فإن ذلك مقرر بنص نظامي، ولا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد والأصول العامة المقررة في هذا الشأن، خاصة وأن الديوان قد قرر قيام مسؤولية الإدارة إذا توافرت العناصر الثلاثة -السابقة- كما في كثير من أحكامه، ومن ذلك الحكم

الذي جاء فيه ما نصه الحكم رقم ٣٩٩/ت/١ لعام ١٤١٨هـ في القضية رقم ١٠٦٢/٢/ق لعام ١٤١٧هـ.: «... ولما كانت الدائرة قد قررت حصول الخطأ في جانب المدعى عليها، وحدث ضرر للمدعي، وقيام العلاقة السببية بينهما، أي بتوافر أركان المسؤولية الإدارية مجتمعة في جانب المدعى عليها فإنه يتعين تعويض المدعي عما لحقه من ضرر..». وجاء في حكم آخر الحكم رقم ١٩١/ت/١ لعام ١٤١٤هـ في القضية رقم ١/٥١٨/ق لعام ١٤١٢هـ.: «... فاستبان للدائرة أن استحقاق التعويض رهين بتوافر أركان المسؤولية الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما».

وهذا الأمر متقرر في أحكام الديوان ومن ذلك: الحكم رقم ٢٣٦/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤/٨٣/ق لعام ١٤٠٦هـ، والحكم رقم ٣١٠/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤٨٩ لعام ١٤٠٨هـ..

وكذلك فإن الديوان قد أقر قيام مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر كما في الحكم الذي جاء فيه الحكم رقم ١٥٦/ت/٢ لعام ١٤١٣هـ، وكذلك الحكم رقم ٨٤/ت لعام ١٤١١هـ.: «... التعويض على أساس تحمل التبعة لا يفترض ارتكاب خطأ من قبل جهة الإدارة، وإنما يتعين لقيامه وجود الضرر ووجود علاقة السببية بينه وبين عمل الإدارة...»

«ومع قيام المسؤولية المدنية لجهة الإدارة تجاه الامتناع عن تنفيذ الحكم، فإن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية الشخصية للموظف المعني بالتنفيذ متى ما كان الامتناع عن التنفيذ بسبب شخصي منه، فيحق للمضرور مطالبته بالتعويض، وتختص بذلك المحاكم العامة والتي قد أقرها ديوان المظالم في عدد من أحكامه ومنها: الحكم رقم ٤/د/ف/٣٥ لعام ١٤٠٨هـ...»

الفرع الثاني: جزاء انعقاد المسؤولية.

أولاً: طبيعة التعويض النظامية وتقديره. إذا انعقدت المسؤولية سواء على أساس الخطأ أو بدون خطأ فإن صاحب الشأن يستحق تعويضاً لجبر ما أصابه من ضرر جراء عدم تنفيذ الحكم القضائي وكذلك فإن التعويض لا يمكن أن يغني عن تنفيذ الحكم؛ إذ يبقى ذلك حقاً مشروعاً لصاحب الشأن.

والتعويض عن الضرر الناتج من خطأ الإدارة بعدم تنفيذ الحكم هو إجراء مستقل تماماً عن إجراءات التنفيذ ذاته، فدعوى التعويض في ذلك دعوى مستقلة، قائمة بذاتها، وأما طبيعة التعويض في حالة مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فقد اختلف شراح النظام هل هو إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم؛

أو هو إجراء مستقل والذي يترجح أنه إجراء مستقل - كما هو الحال عليه بالنسبة للمسؤولية على أساس الخطأ

والتعويض - هنا- لا يكون إلا تعويضاً نقدياً، ولا يكون عينياً أي الوفاء بذات الالتزام؛ لأن الدعوى لم ترفع إلا لامتناع جهة الإدارة عن التنفيذ، ثم إن ذلك يتنافى مع سلطة القاضي الإداري والذي لا يملك حق توجيه أوامر للإدارة، ومن ثم لا يبقى إلا التعويض النقدي حكم ديوان المظالم رقم ٣٩٩/ت/١ لعام ١٤١٨هـ في القضية ١٠٦٢/٢/ق لعام ١٤١٧هـ والحكم رقم ٢٥٨/ث/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ٢/٢١/ق لعام ١٤١٧هـ..

والأصل أن التعويض النقدي يكون مبلغاً نقدياً يدفع دفعة واحدة، ولكن ذلك لا يمنع القاضي الإداري تبعاً للظروف التي يراها أن يحكم بدفع تعويض مقسط عدة أقساط لجبر الضرر المتكرر أو المستمر لحين تنفيذ الحكم كإجراء يهدف إلى حث جهة الإدارة على المسارعة في التنفيذ. ويقدر التعويض قياساً على الضرر المباشر الواقع على صاحب الشأن، ومن أهم ما يشملها:

- ١- ما لحق المضرور من خسارة جراء الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي.
٢- ما فاته من كسب.

وإذا كان الأصل عند تقدير التعويض ألا ينظر إلى درجة الخطأ من قبل جهة الإدارة - كما سبق - بل يقدر بحسب جسامة الضرر فمهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يكون على قدر الضرر المباشر الذي أحدث، ولكن بالنظر إلى واقع القضاء الإداري العملي، فإن اعتبار جسامة الخطأ تؤثر في تقدير التعويض، وهو ما يقرره ديوان المظالم في حكم له جاء فيه ما نصه الحكم رقم ١٩١/ت/١ لعام ١٤١٤ هـ في القضية رقم ١/٥١٨/ق لعام ١٤١٢ هـ: «... فإن الدائرة المختصة تتولى تقدير قيمة التعويض في ضوء رأي أهل الخبرة، أو في ضوء ما قرّر في وجدانها وضميرها من واقع الأوراق والمستندات ووقائع وظروف الدعوى وفقاً لضوابط...، وأخذاً في الاعتبار حجم الخطأ الذي ارتكبه جهة الإدارة... وحجم الضرر المتوقع...».

وديوان المظالم قد أخذ في طبيعة التعويض وتقديره - بالقواعد العامة المقررة في القضاء الإداري مع اعتبار ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه قضاء الديوان في هذا الشأن، ومن ذلك:

- أن التعويض إنما يكون بمقدار الأضرار الفعلية دون الربح الفائت وهذا ما يقرره الحكم رقم ١٤٦/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ١/١٦٧٧/ق لعام ١٤١٥هـ..

- أن التعويض لا يحكم به إذا كان ركن الخطأ مشتركاً بين جهة الإدارة وبين صاحب الشأن الحكم رقم ٢٦٣/ت/٢ لعام ١٤١٦هـ القضية رقم ١/١٤٧١/ق لعام ١٤١٤هـ..

- تعدد أسباب الضرر الواقع على صاحب الشأن لها أثر في تقدير قيمة التعويض الحكم رقم ٩٢/ت/٣ لعام ١٤١١هـ..

وإذا كانت جهة الإدارة هي الملتزمة بجبر الضرر الواقع على صاحب الشأن وتعويضه، فإن موظفيها المسؤولين عن التنفيذ تقع عليهم مسؤولية -أيضاً كما سبق في هذه الحالة يمكن رفع دعوى التعويض على جهة الإدارة وتحمل التعويض، ثم ترجع على الموظف المسؤول إذا تبين حصول الخطأ منه بصفة شخصية، كما يمكن لصاحب الشأن رفع دعوى أمام المحاكم العامة لمطالبة الموظف بصفته الشخصية عن الضرر التي تسبب لها.

الفرع الثالث: موقف الفقه من المسؤولية المدنية للإدارة.

إن الفقهاء قرروا إن أي تصرف خاطئ يصدر من الإمام أو نوابه وينتج

عنه ضرر لشخص ما، فإن ذلك يرتب وجوب جبر ذلك الضرر وإزالته بالتعويض.

ولا شك أن الامتناع عن تنفيذ الحكم أو تعطيله من أعظم الأسباب التي ترتب مسؤولية الإدارة.

ومما قرره الفقهاء في ذلك نصهم على تحمل الإمام خطأه في تنفيذ الحكم القضائي كما في تنفيذ الحدود والقصاص.

وهذا الحكم يعم سائر الأحكام القضائية التي يتم تنفيذها بشكل خاطئ، أو يمتنع عن تنفيذها أصلاً؛ لأن ذلك يعد خطأ في التنفيذ، وعلى هذا فإن كل خطأ في التنفيذ يوجب ضمان الإدارة لذلك الخطأ.

ومما يُحسب للفقهاء في هذا الصدد تفريقهم بين أن يكون الخطأ متعمداً

من قبل الإمام أو نوابه، أو كان غير متعمد، وهو ما يماثل نظرية الخطأ

الشخصي والخطأ الرفقي في النظام، حيث قرروا أن الخطأ غير المتعمد، فإن

ضمانه يكون من بيت المال، وأما إن كان الخطأ أو الضرر عن تعمد أو تفريط

فإن ضمانه يكون في ماله الخاص

وأما فيما يخص التعويض بدون خطأ، والقائم على أساس وقوع الضرر مع ارتباط الضرر بتصرف الإدارة، فإن الشريعة الإسلامية ومن خلال القواعد الفقهية العامة تقرر مشروعية هذا التعويض، كما في قاعدة: الضرر يزال. ولا شك أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي يسبب ضرراً للمحكوم له، باعتباره يمنع المحكوم له من استيفاء حقه الثابت له بالحكم، فإذا لم يحصل على هذا الحق وتضرر بسبب ذلك، فإن له حق المطالبة بضمان ذلك الضرر وجبره اعتماداً على هذه القاعدة.

ومما يؤكد أن التعويض في الشريعة متوقف على وجود الضرر و أن التعويض يكون على قدر الضرر لا على قدر الخطأ وهذا ما قرره النظام - أيضاً- فالقواعد الفقهية التي توجب إزالة الضرر وجبره لم تنطرق للخطأ ودرجته، بل ربطت الضمان بالضرر، فإزالة الضرر الواقع على المحكوم له إنما تكون بالتعويض الذي يجبر ذلك الضرر

المطلب الثالث المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول في النظام.

تنقسم المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول في حال عدم تنفيذ الحكم

القضائي إلى قسمين:

١- المسؤولية التأديبية.

٢- المسؤولية الجنائية.

أولاً: المسؤولية التأديبية: إنعدم تنفيذ الأحكام القضائية يعد مخالفة إدارية تستحق الجزاء التأديبي، وذلك أن المخالفات التأديبية لم تُحصَر، وإنما تُركت لتقدير السلطة الإدارية، كما نصت على ذلك المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين بقولها: « يعاقب تأديباً كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية ».

وهذه المادة نصت على استحقاق العقوبة في حالة ارتكاب الموظف مخالفة مالية أو إدارية، ولم تُحدد المخالفات على وجه الحصر بل تُرك ذلك للسلطة المشرفة على التأديب وهذه السلطة هي: هيئة الرقابة والتحقيق مع ثبوت هذا الحق -أيضاً- للجهة الإدارية للموظف كما تنص على ذلك المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين.

لتقرر ما إذا كان الفعل المنسوب للموظف يمكن أن يكون مخالفة تأديبية أو لا المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين ص(١٠)..

ولا تقوم المسؤولية التأديبية للموظف إذا كان عدم تنفيذه للحكم القضائي ناتجاً عن استجابته لأمر مكتوب من قبل رئيسه المختص، بالرغم من

مصارحة الموظف له كتابة بأن الفعل المرتكب يعد مخالفة كما نصت على ذلك المادة (٢/٣٤) من نظام تأديب الموظفين..

وكذلك فإن قيام المسؤولية التأديبية في حق موظف ما لا تمنع من قيام المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية مما نصت على ذلك المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين

وأما بالنسبة للعقوبة التأديبية فلا يمكن إيقاعها بالموظف عند ارتكابه للمخالفة التأديبية والمتمثلة -هنا- بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي إلا في حال توافر ركني المسؤولية التأديبية وهما:

- أ - الركن المادي: وهو -هنا- الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي.
 ب- الركن المعنوي: ويتمثل في وجوب صدور الفعل المحظور عن إرادة متعمدة، وعلمه بأن هذا الامتناع يعد مخالفة إدارية.
 وأما بالنسبة للعقوبات التأديبية التي يجوز إيقاعها على الموظف المخالف، فقد حصرها النظام، وهي -كما نصت على ذلك المادة (٣٢) من نظام تأديب الموظفين-:

أولاً: بالنسبة لموظفي المرتبة العاشرة فما دون أو ما يعادلها:
 ١- الإنذار.

٢- اللوم.

٣- الحسم من الراتب مما لا يتجاوز صافي راتب ثلاثة أشهر على ألا

يتجاوز المحسوم شهرياً ثلث صافي الراتب الشهري.

٤- الحرمان من علاوة واحدة.

٥- الفصل.

ثانياً: بالنسبة للموظفين الذين يشغلون المرتبة الحادية عشرة فما فوق أو

ما يعادلها.

١- اللوم.

٢- الحرمان من علاوة دورية واحدة.

٣- الفصل.

ثانياً: المسؤولية الجنائية نصت بعض أنظمة الدول على اعتبار أن الامتناع

عن تنفيذ الأحكام القضائية يشكل جريمة جنائية متى ما توافرت أركان

الجريمة.

ويتصور حصول تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية من الموظف بإحدى

طريقتين:

أ- استعمال الموظف سلطته الوظيفية في وقف تنفيذ الحكم.

ب- امتناع الموظف المختص بالتنفيذ عمداً عن تنفيذ الحكم.

ولكي تقوم الجريمة -هنا- لا بد من توافر أركانها:

- ١- الركن المادي للجريمة: هو استعمال سلطة الوظيفة في وقف تنفيذ الحكم، ، ولا تتم الجريمة إلا بوقف تنفيذ الحكم نتيجة لهذا التدخل.
- ٢- الركن المعنوي: ويتمثل في قصد وقف تنفيذ الحكم عمداً دون وجه حق.

وفي المملكة لم تتحدد هذه المسؤولية بنص نظامي، إذ أن أغلب الجرائم التي ليس لها عقوبات حدية لم يُسن لها أنظمة، وإنما هي متروكة لتقدير القاضي في المحاكم الشرعية، والذي يقدر عقوبة تعزيرية للجرائم والمخالفات التي لم ينص عليها، ومن ثم فلا يوجد ما يمنع من تقديم صاحب الشأن دعوى جنائية للمحكمة الشرعية على الموظف بصفته الشخصية إذا كان امتناعه عن تنفيذ الحكم منطلقاً فيه من دوافع شخصية مما يسوغ معه الحكم بتعزيره، ولا علاقة لهذه الدعوى بالمسؤولية المدنية والتأديبية الناشئة عن هذا الفعل.

الفرع الثاني: موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول. أولاً: المسؤولية التأديبية. بالنسبة لموقف الفقه من المسؤولية التأديبية للموظف، فإن الفقه يُقر المسؤولية التأديبية للموظف نتيجة خطئه الوظيفي، بل إن الشريعة الإسلامية سبقت الأنظمة في هذا المجال، وذلك من خلال معاقبتها للموظفين بالجزاءات التأديبية كالعزل إذا حصل من

الموظفين ما يوجب ذلك، ويدل على ذلك ما يلي:

١- أن الرسول ﷺ عزل العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين لما شكاه وفد عبدقيس الاستيعاب (٦٢/١).

٢- أن أهل الكوفة اشتكوا أميرهم أبا موسى الأشعري -- فعزله عمر بن الخطاب -- وصرفه إلى البصرة لإصابة في تمييز الصحابة (٦٠٩/١) ..

و أكد الفقهاء على جواز التعزير للإمام بالنسبة لولاته وعماله ولو لم تقع منهم معصية، إذا اقتضت المصلحة ذلك.

أما إذا أخطأ الموظف أو قصر أو تجاوز حدوده الموكولة إليه، فإن التأديب يكون في حقه أولى، وذكر الفقهاء صورة لذلك في أن القاضي إذا تعمد الحكم بالجور فإنه يعزل مع تعزيره وضمائه

وعلى هذا، فإنه إذا جاز إيقاع العزل -وهو أقصى عقوبة في المسؤولية التأديبية- فإنه يجوز معاقبة الموظف المسؤول بما هو أقل من ذلك من سائر العقوبات التأديبية كاللوم وغيره من باب أولى. وأما بالنسبة لكيفية التأديب فإن ذلك متروك للإمام حسبما يراه محققاً للمصلحة.

ثانياً: المسؤولية الجنائية لا شك أن الموظف المسؤول عن تنفيذ الحكم القضائي إذا امتنع عن تنفيذ الحكم دون عذر شرعي فإنه مستحق للعقوبة؛ لأنه تعمد ترك واجب من الواجبات الموكولة إليه حسب وظيفته، ولذا فإن لولي الأمر معاقبة الموظف بما يراه من العقوبات التعزيرية كالسجن ونحوه.

والامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء يدخل في ترك الواجبات ولذا فإن الموظف الممتنع يستحق العقوبة التعزيرية. ومن العقوبات المقررة في هذا الشأن: الحبس. وعلى هذا، فإن الحبس كعقوبة تعزيرية مشروع، بل إن بعض الفقهاء قد نقل إجماع الصحابة على مشروعيتها. وأما تقدير مدة الحبس وكيفيته، فإن هذه أمور اجتهادية يقررها القاضي حسب ما يراه محققاً للمصلحة. ولذا فإن الفقهاء قرروا جواز الجمع بين الحبس وغيره من أنواع التعزير كالجلد -مثلاً- إذا رأى ولي الأمر ذلك

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

تعويض الإدارة عن المماثلة

في تنفيذ العقود الإدارية

إعداد

حمود بن دخيل بن حمود اللحيان

إشراف

د. خالد خليل الظاهر

1429-1430هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) 150

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) 100

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) 25

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

اقتضت طبيعة هذا البحث أن يتكون من تمهيد وفصلين يسبقها مقدمة، وتقفوها خاتمة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:
المقدمة: وتشتمل على بيان أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، ومفردات الخطة.

تمهيد: ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف بمفردات العنوان، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التعويض في اللغة والفقہ والنظام

المطلب الثاني: تعريف الإدارة في اللغة والفقہ والنظام

المطلب الثالث: تعريف المماثلة في اللغة والفقہ والنظام

المطلب الرابع: تعريف العقد في اللغة والفقہ والنظام

المبحث الثاني: العقود الإدارية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية وخصائصها

المطلب الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود

الفصل الأول: المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أسباب وآثار المماطلة في تنفيذ العقود الإداري وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الأسباب المؤدية إلى المماطلة

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على المماطلة

المبحث الثاني: أنواع المماطلة في النظام، وفيه أربعة مطالب: المطلب

الأول: مماطلة نتيجتها التأخير في البدء في العمل

المطلب الثاني: مماطلة نتيجتها التأخير في تسليم العمل

المطلب الثالث: مماطلة نتيجتها الإخلال بشروط العمل

المطلب الرابع: مماطلة نتيجتها التقصير في العم

الفصل الثاني: تعويض الإدارة عن المماطلة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية التعويض، وأنواعه وشروط استحقاقه في الفقه

والنظام، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التعويض

المطلب الثاني: أنواع التعويض في الفقه والنظام

المطلب الثالث: شروط استحقاق التعويض في الفقه والنظام

المبحث الثاني: الجهة المختصة بنظر طلبات التعويض، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تشكيلها واختصاصاتها

المطلب الثاني: طريقة عملها وحجية القرارات الصادرة عنها

المبحث الثالث: سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعويض الكامل والتعويض العادل

المطلب الثاني: القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

المطلب الثالث: الاعتبارات التي يجب مراعاتها لتقدير التعويض الخاتمة.

الفهارس.

تمهيد

ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول: تعريف بمفردات العنوان وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: تعريف التعويض في اللغة والفقه والنظام

الفرع الأول: تعريف التعويض في اللغة العِوَضُ، والعِوَضُ، كعِنَبٍ، هو الخَلْفُ أو البدل، وتقول: عوضته تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه.

والجمع أَعْوَاضُ الفرع الثاني: تعريف التعويض في الفقه

الفرع الثاني: لعل الأقرب أن يقال في تعريف التعويض أنه ما يحكم به من

مال ونحوه على من أوقع ضرراً على غيره حسياً أو معنوياً، ليشمل

التعويض العيني والنقدي والمعنوي، ويشمل كذلك التعويض عن الضرر

الحسي والمعنوي. ويخرج الصلح الذي يكون من غير حكم، فيكون بذلك جامعاً مانعاً .

الفرع الثالث: تعريف التعويض في النظام

لم يعرف النظام في المملكة العربية السعودية التعويض، تاركاً هذا الأمر

للفقهاء المعاصرين والشراح، وقد عرفت كتب معاجم المصطلحات

القانونية التعويض بأنه: ((مبلغ من المال يدفع إلى شخص تعويضاً عن ضرر

أصابه أو عبء تحمله

المطلب الثاني : تعريف الإدارة في اللغة والفقہ والنظام

الفرع الأول: تعريف الإدارة في اللغة إن لفظة الإدارة مشتقة من دار يدور دوراً بسكون الواو، ودوراناً بفتحها، وأداره غيره ودور به وتدوير الشيء جعله مدوراً

الفرع الثاني: تعريف الإدارة في الفقہ : لم أجد - حسب بحثي - تعريفاً للإدارة عند العلماء السابقين ،

أما المتأخرون فقد تكلموا عن الإدارة في الإسلام، وعرفوها بعدة تعريفات من أبرزها، بأن الإدارة ((ما هي إلا عملية يمكن عن طريقها تجميع الموارد البشرية والمادية المتاحة وتوجيهها من أجل تحقيق غايات وأهداف معينة بأقل تكلفة ممكنة وبأكبر عائد ممكن

الفرع الثالث: تعريف الإدارة في النظام: الإشراف على أعمال أو أموال معينة يقوم به صاحبها أو من ينتدبه لذلك أو من تعينه المحكمة.... أو هي الإشراف على مؤسسة تجارية أو أموال بالتوكيل من صاحبها.... أو هي تسيير شؤون المؤسسة أو إدارة الأموال بالنيابة أو بالوكالة المعطاة إلى شخص

المطلب الثالث تعريف المماطلة في اللغة والفقه والقانون

الفرع الأول: تعريف المماطلة في اللغة المماطلة أصلها من المطل، و(الميم والطاء واللام أصل صحيح يدل على مدّ الشيء وإطالته، ومَطَلْتُ الحديدَ أمطلتها مطلاً: مددتها والمطل في الحاجة والمماطلة في الحرب منه

الفرع الثاني: تعريف المماطلة في الفقه: ((تأخير ما استحق أداءه بغير عذر
الفرع الثالث: تعريف المماطلة في النظام هي التأخر عن الوفاء بالالتزامات
المفروضة في الوقت المحدد والمفترض

المطلب الرابع: تعريف العقد في اللغة والفقه والنظام

الفرع الأول: تعريف العقد في اللغة العين والقاف والذال أصل واحد يدل
على شدّة وشِدّة وتوثق، وإليه ترجع فروع الباب كله
الفرع الثاني: تعريف العقد في الفقه يطلق العقد على معينين.

المعنى الأول: هو المعنى العام: وهو كل ما يعقده (يعزمه) لشخص أن
يفعله، أو يعقد على غيره فعله على وجه إزماءه إياه

المعنى الثاني: وهو المعنى الخاص وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن
إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل

الفرع الثالث: تعريف العقد في النظام

التعريف المختار هو أن "العقد توافق الإرادة بين شخصين أو أكثر على إنشاء التزامات معينة فيما بينهم" وذلك لما اشتمل عليه من بيان ماهية العقد وحقيقته بعبارة واضحة موجزة دون إطالة أو تفريع.

المبحث الثاني: العقود الإدارية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية وخصائصها

الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية يمكن القول بأن مفهوم العقد الإداري وفقاً لما استقر عليه القضاء الإداري في كثير من الدول التي تطبق القضاء المزدوج بأنه ذلك العقد ((الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)). ويظهر من هذا المفهوم الذي استقر عليه القضاء الإداري أن هناك ثلاثة أسس لاعتبار العقد إدارياً وهي:

أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

أن يكون للنشاط الذي ينتجه العقد صلة بالمرفق العام.

استخدام وسائل القانون العام بحيث يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

أما مفهوم العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية فهو لا يختلف كثيراً عن ذلك المفهوم السائد في كثير من الدول التي تطبق القضاء المزدوج إلا إن المنظم في المملكة العربية السعودية جعل كافة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها - سواء كانت عقوداً إدارية أو خاصة - يختص بنظر منازعاتها والفصل فيها ديوان المظالم، الذي يعد بمثابة المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية، وهذا ما نصت عليه المادة (الثامنة ١/٨ د) من نظام ديوان المظالم - السابق - الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/٢٠١٤ هـ من اختصاص الديوان بالفصل في الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه، وكذلك نصت عليه المادة (١٣ د) من نظام ديوان المظالم - الجديد - الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/٢٠١٤ هـ من اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.

ونستطيع القول بأن مفهوم العقد الإداري في المملكة العربية السعودية هو ذلك العقد الذي تكون جهة الإدارة طرفاً فيه ويكون له صلة بالمرفق العام بشكل يضمن سيره بانتظام واطراد.

أما مفهوم العقد الإداري في الإسلام فإن أوضح الأمثلة التي تأصل العقد الإداري وتبين مفهومه في الإسلام هو ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب ؓ أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز. وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خير أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض حين ظهر عليها، لله ولرسوله وللمسلمين. فأراد إخراج اليهود منها. فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها. على أن يكفوا عملها. وهم نصف الثمر. فقال لهم رسول الله ﷺ (نقركم بها على ذلك، ما شئنا) فقروا بما حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحا رواه مسلم حديث رقم [٦/١٥٥١].. فالحاصل أن العقد الذي أبرمه الرسول ﷺ من العقود المشروعة ذات الخصوصية عن غيرها من العقود الخاصة بما تميزت به من شروط استثنائية وغير مألوفة، ومن ثم جاز للسلطة الحاكمة بعده ﷺ، أن تتعاقد مع غيرها من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية على وفق شروط غير مألوفة في العقود الخاصة من أجل تحقيق مصلحة عامة، من خلال مركزها القائم على ذلك.

الفرع الثاني: خصائص العقود الإدارية

- ١- أن الإدارة تظهر حين إبرام العقد الإداري بصفتها صاحبة سلطة
- ٢- أن الإدارة تلتزم بما نص عليه النظام من قيود يجب إتباعها لغرض إبرام العقد الإداري

٣- أن العقد الإداري يهدف إلى تسيير وتنظيم المرفق العام
المطلب الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود

المعيار الذي يميز العقود الإدارية، عن غيرها من العقود ليس هي صفة المتعاقد وحده، بل لا بد لموضوع العقد من اتصاله بالمرفق العام، واستخدامه عن طريق العقد الإداري مع تضمينه شروطاً استثنائية، كما يتعين على الإدارة أن تتعاقد بوصفها سلطة عامة.

معيار تمييز العقود الإدارية عن غيرها في النظام الإداري السعودي:

إن كافة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها يختص بنظر منازعاتها والفصل فيها ديوان المظالم الذي يعد بمثابة المحكمة الإدارية في المملكة وهذا ما نصت عليه المادة (١٣/د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ من اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها. وقد جاءت عبارة العقود عامة ومطلقة مما يدل على شمول ذلك لكافة العقود التي تكون الحكومة أو أحد أشخاصها طرفاً فيها. وبغض النظر عن نوعية العقد أو النشاط الذي ينتج عنه أو الشروط التي يشتمل عليها... بمعنى أنه حتى ولو كان العقد خاصاً بحكم النشاط الذي يستهدفه أو أنه لم يشتمل على شروط استثنائية إلا أنه يعتبر عقداً إدارياً خاضعاً للقضاء الإداري في المملكة العربية السعودية لكون الحكومة أو أحد أشخاصها طرفاً فيه. وهذا

ما أكدته المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم السابق الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/٢٠١٤هـ حيث نصت على أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً.

ومن ثم يتضح أن اختصاص الديوان، مبني على المعيار الشكلي أو العضوي، وضابطه: كون الإدارة طرفاً في العقد، فقد قضى ديوان المظالم بنظر عقود الإيجار التي تبرمها الإدارة أياً كان الغرض من العقد تأسيساً على أنه: ((ولما كانت ولاية ديوان المظالم - الدائرة المعنية - والتي تعرض عليها الدعوى بموجبها توجب الفصل في الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها كما هو نص المادة (١/٨) فقرة "د" من نظام ديوان المظالم، فإنه والحال ما ذكر لا محل لما انتهت إليه الدائرة في قرارها من التوجيه على نحو ما أشير إليه آنفاً، وكان لزاماً عليها أن تفصل في الدعوى بما ينتهي إليه اجتهادها طبقاً للقواعد المقررة والمبادئ القضائية التي سار عليها الديوان)) حكم رقم ١٠٥/ت/١ لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم ١٣٧/١/ق لعام ١٤٠٨هـ.

ولم يقتصر هذا الاختصاص على العقود التي يكون أحد طرفيها الحكومة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة فقط، بل قضى به في المنازعات

التي تثار بشأن العقود التي تبرمها إحدى المشاريع التابعة للمؤسسة العامة، حيث اعتبر الديوان عقد النقل المبرم بين المدعية، ومصفات بترومين بالرياض، لنقل عمال الأخير من سكنهم إلى مقر عملهم وبالعكس عقداً إدارياً، أخذاً كذلك بالمفهوم الواسع للمرفق العام، إذ تقوم المصفاة بنشاط اقتصادي وتجاري. فقد جاء في حكم ديوان المظالم رقم ٢/د/أ لعام ١٤١٣هـ والمؤيد بالحكم رقم ٩٥/ت لعام ١٤١٣هـ في القضية رقم ١٠٦٤/١/ق لعام ١٤٠٦هـ ((... ومن حيث الثابت من عقد العملية أن العقد إداري أحد أطرافه المؤسسة العامة للبتروول والمعادن؛ لأنه مشار بالعقد أن المصفاة أحد مشاريع المؤسسة العامة للبتروول)).

وقد وضعت بين يديه الشريعة الإسلامية جملة من القواعد التي تمكنه من الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد والإدارة، ومن ذلك؛ قاعدة: الوفاء بالعقود امتثالاً لقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ سورة المائدة، آية ١.

ولقوله ﷺ (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً) رواه الترمذي حديث رقم [١٣٥٢]، وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه حديث رقم [٣٥٩٤]..

وقاعدة: ((عدم الرضا عند العقد يمنع لزوم حكمه)) وقاعدة: ((من اشترط

على نفسه غير مكره فهو عليه)) وقاعدة: ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)) وقاعدة: ((تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة)) ... وغيرها من القواعد.

فقد قضى الديوان: ((بعدم أحقية الجهة الإدارية - الرئاسة العامة لتعليم البنات - في تخفيض الإيجار المنصوص عليه في عقد الإيجار، المبرم بينها وبين المدعي لاستئجار داره الكائنة بمدينة بريدة، لتكون مقرّاً للمدرسة الابتدائية الرابعة والعشرون ببريدة بالقصيم، لعدم تقديمها ما يفيد موافقة المدعي على التخفيض الذي تطالب بإجرائهن فإنها بذلك تلتزم في مواجهته بالقيمة الإيجارية التي نص عليها العقد ويتعين الحكم بذلك) حكم رقم ٦/ت/٣ لعام ١٤١٣ هـ في القضية رقم ١/١٤٤١/ق لعام ١٤٠٧ هـ.

الفصل الأول

المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول: أسباب وآثار المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الأسباب المؤدية إلى المماطلة

الفرع الأول: عدم التنفيذ للالتزام العقدي
الفرع الأول: عدم التنفيذ للالتزام العقدي قد يكون سبب المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية هو عدم التنفيذ من قبل المتعاقد، وعدم التنفيذ للالتزام قد يكون كلياً أو جزئياً
الفرع الثاني: التأخر في تنفيذ الالتزام قد تكون المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية ليس بسبب عدم التنفيذ للالتزام بل هو التأخر في تنفيذه
الفرع الثالث: التنفيذ المعيب للالتزام المقصود بالتنفيذ المعيب هو أن ينفذ المتعاقد التزامه ولكن بصورة منافية لما تم الاتفاق عليه في العقد المطلب الثاني: الآثار المترتبة على المماطلة

تعثر سير المرفق العام بانتظام واطراد وذلك بعدم الاستفادة الكلية من

المرفق العام أو الجزئية أو تأخر الاستفادة منه أو الاستفادة منه بخلاف ما كان مخطط له وهذا يحد ذاته يعد إضراراً بالمصلحة العامة.

ومن الآثار المترتبة على المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية أيضاً مسؤولية المتعاقد عن الأضرار الناتجة عن المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية سواء كان سبب المماطلة هو عدم التنفيذ للالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذ الالتزام أو التنفيذ المعيب للالتزام

المبحث الثاني: أنواع المماطلة في النظام وفيه أربعة مطالب: المطلب

الأول: مماطلة نتيجتها التأخر في البدء في العمل

المنظم السعودي لم ينص في النظام على تحديد تاريخ بداية تنفيذ العقد، وإن كان أشار في المادة (الثلاثون) في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤ هـ في الفقرة (ب) منها على أنه: ((يسلم موقع العمل للمتعاقد خلال ستين يوماً من تاريخ اعتماد الترسية))، وكذلك أشارت المادة (الخامسة والأربعون) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠ هـ في فقرتها (ب) على أنه: ((يسلم موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر التي يحتاج بدء العمل فيها إلى التجهيز لاستمرار تقديم الخدمة وعدم انقطاعها (تسليماً أولياً) قبل انتهاء مدة العقد القائم، لتمكين المتعاقد من التحضير والتجهيز للأعمال بالتنسيق مع متعهد العقد القائم. ثم يسلم الموقع للبدء في تنفيذ العقد بعد انتهاء العقد السابق)) أما عقود التوريد فإن التعميد به يكون

فوراً إذا لم يتم تحديد مدة معينة وهذا ما أشارت إليه المادة (الثامنة والسبعون) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في فقرتها (أ) حيث نصت على أنه: ((إذا كان التعميد بالتوريد فورياً دون تحديد مدة معينة، تطبق غرامة التأخير بعد مضي أسبوع من تاريخ التعميد)). فمتى ما تأخر المتعاقد عن البدء في العمل يعد ممطلاً، وذلك ما أشارت إليه المادة (الثالثة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حيث نصت على أنه ((يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك، في أي من الحالات التالية: وذكرت منها: إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطاً في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بتصحيح الوضع)).

المطلب الثاني: ممانلة نتيجتها التأخير في تسليم العمل

متى ما تأخر المتعاقد عن تسليم العمل في المواعيد المحددة فإنه يعد ممطلاً لتأخره وإخلاله بالالتزام الذي يقتضيه العقد، ويحق للإدارة في هذه الحال أن تأخذ تعويضاً عما لحقها من ضرر، وقد نصت عليها المادة (الثامنة والأربعون) في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حيث ورد فيها: ((إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد تفرض لعيه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦%) ستة في المائة من قيمة عقود التوريد، ولا تتجاوز (١٠%)

عشرة في المائة من قيمة العقود الأخرى)) وبينت ذلك وفصلته المادة (السابعة والسبعون) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية وأيضاً المادة (الثامنة والسبعون) من اللائحة نفسها في فقرتها (أ) وكذلك المادة (التاسعة والسبعون) من اللائحة نفسها وأيضاً المادة (الثمانون) من اللائحة نفسها. كما نصت المادة (الرابعة والثمانون) من اللائحة نفسها على أنه: ((إذا تأخر المتعاقد في عقود الأشغال العامة، عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة للتسليم، تطبق عليه غرامة تأخير، تحتسب على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع وذلك بقسمة قيمة العقد على مدته، وفقاً لما يلي:

أ- غرامة على الجزء الأول من مدة التأخير، بقدر ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى تبلغ أكثر المدتين خمسة عشر يوماً أو (١٠%) من مدة العقد.

ب- غرامة على الجزء الثاني من مدة التأخير بقدر نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى يبلغ الجزءان أكثر المدتين ثلاثين يوماً أو نسبة (١٥%) من مدة العقد.

ج- غرامة على الجزء الثالث من مدة التأخير، بقدر كامل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تالٍ لأكثر المدتين المنصوص عليهما في الفقرة (ب) من هذه المادة.

ولا يجوز أن يتجاوز مجموع الغرامات المحسومة نسبة (١٠%) من قيمة العقد.

د- إذا رأت الجهة الحكومية أن الجزء المتأخر لا يمنع من الانتفاع بالعمل على الوجه الأكمل في الميعاد المحدد.

والمادة (الخامسة والثمانون) من اللائحة نفسها حيث نصت على أنه: ((إذا قصر أو تأخر المتعاقد في العقود المختلطة، في تنفيذ التزاماته تطبق على كل جزء حسب طبيعته، وبما لا يتجاوز الحد الأعلى لنسبة الغرامة المقررة بموجب النظام. بشرط أن تكون أجزاء العقد منفصلة عن بعضها البعض، من حيث مدة التنفيذ، والتسليم، والقيمة الإجمالية)).

وهذا ما قضى به حكم ديوان المظالم رقم (٣٣٤/ت/٣ - ١٤١٠هـ) حيث نص على أنه: ((... لا يشترط لتوقيع الغرامة إثبات حدوث ضرر لجهة الإدارة...)) فهي إذاً تعتبر بمثابة تعويض اتفاقي ولا يجوز لإدارة فرض مبالغ مالية أخرى غير تلك الغرامات عن الأضرار الناتجة عن التأخير أو المرتبطة ارتباطاً مباشراً بمدة التأخير، إذ إن غرامة التأخير تغطيها وهذا ما قضى به ديوان المظالم في حكمه رقم (٤٠٠/ت/١ - ١٤١٠هـ) حيث نص على: ((... عدم أحقية جهة الإدارة في استقطاع قيمة الإيجار للمباني التي اضطرت لشغلها طوال فترة التأخير في تنفيذ العقد، حيث لا يجوز الجمع بين غرامة التأخير والتعويض عن الأضرار الناشئة عنه، إذ إن الغرامة

تعد تعويضًا اتفاقيًا عن أضرار التأخير...)).

المطلب الثالث : مماثلة نتيجتها الإخلال بشروط العمل

نصت المادة (السابعة والسبعون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: ((يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقًا لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته. وعلى الوزارات والمصالح الحكومية والأجهزة ذات الشخصية المعنوية المستقلة إبلاغ وزارة المالية بحالات الغش والتحايل والتلاعب فور اكتشافها، وكذلك تزويدها بالقرارات التي تتخذ في هذا الخصوص، بما في ذلك قرارات سحب العمل)).

فمتى ما أخل المتعاقد بشروط العقد أو أحدها، فيعد ذلك إخلالاً منه بالتزاماته العقدية الواجب عليه تنفيذها، وهذا ما أشارت إليه المادة (الثالثة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

نصت المادة (التاسعة والأربعون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: ((إذا قصر المتعاقد في عقود الصيانة والتشغيل والعقود ذات التنفيذ المستمر في تنفيذ التزاماته، تفرض عليه غرامة لا تتجاوز (١٠%)

عشرة في المائة من قيمة العقد، مع حسم قيمة الأعمال التي لم تنفذ)). ونصت المادة (التاسعة والسبعون) من اللائحة التنفيذية لنظام

المنافسات والمشتريات الحكومية على ذلك و كذلك المادة (الثمانون) من اللائحة نفسها ونصت المادة (الحادية والثمانون) من اللائحة نفسها على أنه: ((إذا قصر المتعاقد في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل وتقديم خدمات الإعاشة وعقود النقل، وفي عقود التصنيع، في تنفيذ التزاماته، تحسم عليه غرامة تقدر في العقد، على أن لا يتجاوز إجمالي الغرامة (١٠%) من القيمة الإجمالية للعقد)) ونصت المادة (الخامسة والثمانون) من اللائحة نفسها على أنه: ((إذا قصر أو تأخر المتعاقد في العقود المختلطة، في تنفيذ التزاماته، تطبق الغرامة على كل جزء حسب طبيعته، وبما لا يتجاوز الحد الأعلى لنسبة الغرامة المقررة بموجب النظام. بشرط أن تكون أجزاء العقد منفصلة عن بعضها البعض، من حيث مدة التنفيذ، والتسليم، والقيمة الإجمالية)).

الفصل الثاني

تعويض الإدارة عن المماثلة ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية التعويض، وأنواعه، وشروط استحقاقه في الفقه والنظام وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التعويض أوضح ما دل في القرآن الكريم على مشروعية التعويض عن الضرر، تلك الحادثة التاريخية التي حكم فيها داود وسليمان - عليهما السلام - بالتعويض لصاحب الزرع الذي تضرر من نفش الغنم فيه، وقد حكاها القرآن الكريم قال الله تعالى: **وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ** سورة الأنبياء، آية ٧٨.

وأما في السنة النبوية الشريفة فقد دلت أدلة كثيرة على تقرير مبدأ التعويض بأحاديث صحيحة وصریحة، ومن ذلك ما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: كان النبي ﷺ عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي ﷺ فلج الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة،

ويقول: (غارت أمكم) ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحيفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت رواه البخاري ، حديث رقم ٥٢٢٥]

المطلب الثاني : أنواع التعويض في الفقه والنظام

الفرع الأول: أنواع التعويض في الفقه

النوع الأول: رد الحقوق بأعيانها الأصل في جبر الضرر عن المضرور في الفقه الإسلامي هو رد الحقوق بأعيانها ورد الحقوق بأمثالها أو بقيمتها، إنما هو بدل عن الأصل، ولا يصح اللجوء إليه إلا إذا استحال الأصل أو تعذر، وهذا هو معنى القاعدة الفقهية ((إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل)). وإذا كان الأصل في جبر الضرر عن المضرور في الفقه الإسلامي هو رد الحقوق بأعيانها، فإن ذلك لا يكون إلا إذا كانت هذه الأعيان قائمة وسليمة، وخالية عما يمكن أن يلحق بها من ضرر، أو يحدث فيها من عيب، تفوق معه منافعها كلياً أو جزئياً.

يقول رسول الله ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) سبق تخريجه

وهذا مما أجمع عليه المسلمون قديماً وحديثاً.

و لأن المالك أحق بعين شئته، وهو أعلى درجات جبر الضرر عن المضرور، وذلك إذا كان الشيء المغصوب أو المعتدى عليه لم ينقص منه

شيء، ولم يتلف منه جزء، ولا فاتت منه منفعة، فإن حدث ضرر في العين وأمكن إصلاحها وإعادةها إلى حالتها قبل حدوث الضرر، لزم الغاصب أو المعتدي عليها إصلاحها وردها إلى ربها، ولا ضمان عليه إذا لم ينقص منها شيء بعد الإصلاح. أما إذا حدث فيها نقص أو تعيب مؤثر في المنفعة أو القيمة، واختار صاحبها استردادها، فيجب ردها مع جبر نقصان المنفعة أو القيمة، أما إذا اختار صاحبها عدم استردادها، أو كان النقص أو التلف مفوتاً للمنفعة أو القيمة، فلا بد في هذه الحالة من الانتقال إلى التعويض بالمثل وهو النوع الثاني من أنواع التعويض في الفقه.

النوع الثاني: رد الحقوق بأمثاله الواجب في المثلي جيره بمثله؛ لأن الجبر بالمثل أعدل وأتم وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله

وقد استدل الفقهاء على وجوب المثل في المثلي بأدلة من أهمها ما يلي:
 قوله تعالى: الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ سورة البقرة، آية ١٩٤.

١- قوله ﷺ (طعام بطعام وإناء بإناء رواه الترمذي. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

٢- ولأن المثل أقرب إلى الانضباط من القيمة؛ فالمماثلة ثابتة من طريق الصورة والمشاهدة، أما القيمة فليست مماثلة من طريق الصورة

والمشاهدة، وإنما تقدر مساواتها بالفكر والرأي، وما كان طريق الإدراك فيه بالصورة والمشاهدة أولى مما كان طريق الإدراك فيه بالفكر والرأي.

النوع الثالث: رد الحقوق بقيمتها أجمعت كتب الفقهاء في مختلف المذاهب، على وجوب تعويض المال القيمي بالقيمة و أن كل ما لا يمكن اعتباره مثلياً - أي لا مثيل له - عند الاعتداء عليه أو إتلافه يكون ضمانه بالقيمة. الفرع الثاني: أنواع التعويض في النظام

النوع الأول: التعويض العيني : يكون التعويض عينياً متى ما تضمن الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه لو لم يحصل الإخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ التزامه العقدي ، وإذا كان الحكم بالتعويض العيني متعذراً رغم أن طلب المتضرر فلا به، وإنما يصر إلى الحكم بأحد طرق التعويض الأخرى.

النوع الثاني: التعويض النقدي يكون التعويض نقدياً متى تضمن الحكم الصادر به إلزام المتعاقد بدفع مبلغ من النقود للمتضرر كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه العقدي.

النوع الثالث: التعويض غير النقدي (المعنوي أو الأدبي): يتخذ شكل الحكم بمصروفات الدعوى أو نشر الحكم الصادر في الجرائد إظهاراً لحق المدعي تجاه المدعى عليه، واللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى.

المطلب الثالث شروط استحقاق التعويض في الفقه والنظام

الفرع الأول: شروط استحقاق التعويض في الفقه

الشرط الأول: أن يكون الضرر قد أصاب المتضرر في ماله أو بدنه
 الشرط الثاني: أن يكون المال متقومًا مملوكًا للمُتلفِ عليه والتقوم عند
 الفقهاء يعني: الإباحة ضد التحريم، فكل ما كان مباح الانتفاع به شرعًا -
 في غير حال المخمصة أو العطش الشديد - فهو متقوم

الشرط الثالث: أن يكون في إيجاب التعويض فائدة بمعنى أن يكون في
 الإمكان الوصول إلى الحق، ودفع الضرر، حتى لا يكون إيجابه عبثًا؛ لعدم
 القدرة على الوصول إلى الحق، ويترتب على اشتراط كون إيجاب الضمان
 مفيدًا أيضًا: انتفاء الضمان في حالة ما إذا أتلّف أحد مال إنسان بإذنه،
 لأنه لو أُلزم بالضمان، لكان له أن يرجع على المتلف عليه بما ضمنه، وهذا
 لا يفيد.

الشرط الرابع: أن يكون المُتلفُ من أهل الضمان وتثبت أهلية ضمان المال
 لكل إنسان بدون قيد ولا شرط؛ سواء كان مميزًا أو غير مميز، حرًا كان أو
 عبدًا، عاقلاً أو مجنونًا، مستيقظًا أو نائمًا. وتثبت الأهلية كذلك للسكران،
 فيضمن ما يتلف حال سكره

ويترتب على اشتراط كون المتلف من أهل الضمان أيضًا، انتفاء الضمان
 فيما أتلّفته البهائم، إذا حدث الضرر من تلقاء ذات الحيوان، ولم يكن
 بسبب من مالكه.

الشرط الخامس: أن يكون الضرر محقق الوقوع بصفة دائمة

فلا يجب شيء في الضرر غير المحقق، كالضرر المحتمل الوقوع، والضرر المتوقع بتفويت الفرصة لأن هذه الأضرار غير محققة الوقوع. كما يقتضي هذا الشرط أن يكون الضرر محققاً بصفة مستمرة، أي دائمة وذلك بأن يتحقق العجز عن الانتفاع على طريق الدوام.

وهذا الحكم يعتد به فيما لو كان النقص متوقعاً خُلِقَهُ، كسن الصغير وما شابهها، أما إذا كان النقص غير متوقع عوده، فقد اختلفوا في حكمه على النحو التالي: قال أبو حنيفة و الحنابلة، وهو أحد الرأيين عند الشافعية، إذا عادت سن الكبير بعد أخذه ديتها، وجب عليه رد ما أخذ، قياساً على سن الصغير.

وقال مالك وأبو يوسف من الحنفية والرأي الثاني عند الشافعية: أن رجوع الحالة إلى ما كانت عليه لا يقتضي رد المال الذي أخذه المتضرر قبل رجوع الحالة إلى ما كانت عليه. ويعدون ما أخذه المتضرر هبة ونعمة ساقها الله إليه.

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض في النظام

الشرط الأول: الخطأ (الإخلال بتنفيذ التزام عقدي)

ومعيار الخطأ في ذلك هو عدم تحقق النتيجة في الالتزام نتيجة لعدم بذل العناية اللازمة في الالتزام وهي عناية الرجل المعتاد، فمتى ما قصر المتعاقد في بذل عناية الرجل المعتاد أثناء تنفيذه للعقد الإداري فيكون قد أخطأ لإخلاله بما يستوجبه العقد، فيتحمل مسؤولية ما ينتج عن ذلك الخطأ من أضرار تصيب جهة الإدارة أو المرفق العام.

الشرط الثاني: تحقق الضرر تحقق الضرر، هو شرط ضروري لاستحقاق التعويض باعتبار الأخير جزاء المسؤولية. ثم إن الضرر المراد تعويضه يجب أن تتوفر فيه شروط معينة، من أهمها أن يكون الضرر مباشراً، وأن يكون الضرر محققاً، وألا يكون الضرر قد سبق تعويضه وأن يكون الضرر قد أصاب المتضرر شخصياً، وأن يكون الضرر قد أصاب حق مكتسباً أو مصلحة مشروعة. فمتى توافرت هذه الشروط في الضرر الذي أصاب المتضرر جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه إضافة إلى شروط استحقاق التعويض الأخرى فإن المتضرر في هذه الحالة يكون مستحقاً للتعويض عما لحقه من ضرر.

ويجب على المتضرر أن يثبت الضرر قبل أي ركن آخر من أركان المسؤولية سواء كان الضرر المشكو منه خسارة لحقت به أم كسباً فاتته أم

بمجرد أنه ضرر معنوي.

فلا يفترض الضرر لمجرد إخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه، ، ويستثنى من ذلك غرامة التأخير - في العقود الإدارية - والتي نص عليه نظام المنافسات المشتريات الحكومية في المادة (الثامنة والأربعون) وهي في حقيقتها تعويضاً جزائياً نص عليه النظام وهذا ما قضى به أيضاً حكم ديوان المظالم رقم (٣٣٦/ت/١ - ١٤١٠هـ) حيث نص على أنه ((... لا يشترط لتوقيع الغرامة إثبات حدوث ضرر لجهة الإدارة...)).

الشرط الثالث: علاقة السببية إثبات رابطة السببية تكون على المتضرر الذي يطالب بالتعويض، وإن كانت تلك الرابطة في أغلب الأحيان مفروضة، فالمتضرر لو أثبت الخطأ والضرر كان ذلك كافياً لافتراض السببية طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات ومحل الإثبات، فالمدعي ليس بالضرورة أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها بل يكفي أن تثبت قسماً منها وكان ذلك القسم الذي أثبته كافياً لافتراض ثبوت الباقي منها.

الشرط الرابع: الإعذار يتخذ هذا العمل شكلاً يبينه النظام، كما في المادة (الثالثة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت على أنه: ((يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على

المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك، في أي من الحالات التالية: - وذكرت منها إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أحل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابته بتصحيح الوضع...)).

المبحث الثاني : الجهة المختصة بنظر طلبات التعويض

المطلب الأول: تشكيل لجنة النظر في طلبات التعويض واختصاصاته

الفرع الأول: تشكيل لجنة النظر في طلبات التعويض

أشارت إلى ذلك المادة (الثامنة والسبعون) في فقرتها (أ) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حيث نصت على أنه: ((يكون وزير المالية لجنة من مستشارين، لا يقل عددهم عن ثلاثة، من الوزارة والجهات الحكومية الأخرى ذات العلاقة بعد التنسيق مع تلك الجهات، ويكون من بينهم مستشار قانوني وخبير فني، ويرأس هذه اللجنة مستشار قانوني لا تقل مرتبته عن الثالثة عشرة أو ما يعادلها، وينص في التكوين على عضو احتياطي، ويحدد مكافآت أعضائها وسكرتيرها. ويعاد تكوين هذه اللجنة كل ثلاث سنوات، ويجوز تجديد عضويتها لمرة واحدة فقط)).

الفرع الثاني: اختصاص لجنة النظر في طلبات التعويض

نصت الفقرة (ب) من المادة (الثامنة والسبعين) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: ((تتولى هذه اللجنة النظر في طلبات

التعويض المقدمة من المقاولين والمتعهدين، وكذلك بلاغات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات سحب العمل، والنظر في طلبات الجهات الحكومية التي ترد إلى وزير المالية، بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعية له)).

كما يفهم من النص النظامي أيضاً بمفهوم القياس أن هذه اللجنة تختص أيضاً بالنظر في طلبات التعويض التي ترفعها جهة الإدارة عن الأضرار التي سببها لها المتعاقد معها لإخلاله بالتزامات العقد.

حيث تختص اللجنة بالنظر في طلبات التعويض، ومدى استحقاقه لطالبه، ومبررات طلبه، وتحديد عناصره، وكذلك قيمة التعويض المستحق. استرشاداً بنصوص النظام وبنود العقد. ومن اختصاصات أمانة سر اللجنة:

تتكون أمانة سر اللجنة من سكرتير وموظفين تابعين للأمانة، ويعتمد التشكيل الإداري لأمانة سر اللجنة والموظفين التابعين لها بقرار من وزير المالية، وذلك بناء على اقتراح من رئيس وأعضاء اللجنة اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة رقم (٢/١٥٣).
مهام أمانة سر اللجنة اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة رقم (٣/١٥٢):

- ١- تقديم المساندة الفنية والإدارية لأعمال اللجنة وتنظيم جلساتها وكتابة محاضرها.
 - ٢- التنسيق بين اللجنة والجهات الأخرى.
 - ٣- يحضر أمين سر اللجنة، جلسات اللجنة ويعد محاضر الجلسات، موضحاً بما تاريخ الجلسة ومكان ووقت انعقادها، والإجراءات التي تمت فيها.
 - ٤- تسجيل أسماء الممنوع التعامل معهم في سجل خاص.
 - ٥- التنسيق مع الجهة المختصة بوزارة المالية، للتشهير بالمخالفين إذا كانت القرارات الصادرة بحقهم نهائية. المطالب الثاني بإجراءات عمل لجنة النظر في طلبات التعويض وحجية القرارات الصادرة عنه
- الفرع الأول: إجراءات عمل لجنة النظر في طلبات التعويض أوضحت المادة (١٥٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية إجراءات عمل هذه اللجنة حيث نصت على الآتي:
- يُنظَّم عمل (لجنة النظر في طلبات التعويض ومنع التعامل مع المقاولين والمتعهدين) وفقاً للإجراءات التالية:
- أولاً: شروط النظر في طلبات التعويض هي أن تختص اللجنة بالنظر في طلبات التعويض المقدمة بناء على العقود المبرمة وفقاً لنظام المنافسات

والمشتريات الحكومية وهذه اللائحة اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة رقم (١/١٥٢).

كذلك تستكمل اللجنة كافة المعلومات والمستندات المتعلقة بالقضية.

وتحال القضايا بتوجيه من رئيس اللجنة إلى أعضائها بالتساوي. بمن فيهم رئيس اللجنة لدراستها، ومن ثم مناقشتها مع بقية أعضاء اللجنة، وإصدار القرار المناسب.

. ويجب على عضو اللجنة التنحي عن نظر القضية إذا وجد سبباً من أسباب التنحي الواردة بموجب نظام المرافعات الشرعية

. وإذا تبين للجنة من خلال نظرها القضية ما يشير إلى وجود جريمة يعاقب عليها نظاماً، عليها إحالتها إلى الجهة المختصة بنظرها. وتستمر اللجنة في السير في نظر الدعوى، ما لم يتبين لها أنه لا يمكن نظرها فيها حتى يتم البت في القضية الأخرى. وإذا طلب المدعي في دعوى التعويض الاستعانة بجهة خبرة لإبداء رأيها في النواحي الفنية أو المحاسبية، جاز للجنة وفقاً لتقديرها الاستجابة لطلبه وإحالة أوراق القضية إلى من تراه من الخبراء، على نفقة المدعي. ولا بد أن تكون قرارات اللجنة مسببة ومشملة على الحثيات والوقائع. وينص في القرار على أن لأي من طرفي القضية حق الاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال (٦٠) يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار. وقرارات اللجنة الصادرة في غير صالح الخزانة العامة لا تعتبر نهائية، حتى يصدر بها

حكم نهائي من ديوان المظالم. ويبلغ القرار لطرفي الدعوى بموجب خطاب تبليغ رسمي، وترفع اللجنة تقريراً سنوياً إلى وزير المالية عن إنجازاتها وأعمالها. وتسري هذه الإجراءات على القضايا التي تبلغها اللجنة من تاريخ نفاذ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة رقم (٤/١٥٢) الفرع الثاني: حجية القرارات الصادرة عن لجنة النظر في طلبات التعويض نصت الفقرة (الثالثة) من إجراءات عمل اللجنة في الفقرة (الرابعة) من المادة (الثانية والخمسين بعد المائة) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه: ((لا يجوز للجنة إصدار القرار قبل استدعاء صاحب الشأن أو وكيله حضورياً وسماع أقواله واستكمال دفوعاته...)) ولا يجوز إصدار القرار إلا باكتمال النصاب القانوني لإصداره حيث نصت الفقرة (السادسة) من إجراءات عمل اللجنة في الفقرة (الرابعة) من المادة (الثانية والخمسين بعد المائة) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على ذلك ويجب أن تكون قرارات اللجنة مسببة حيث نصت الفقرة (التاسعة) من إجراءات عمل اللجنة في الفقرة (الرابعة) من المادة (الثانية والخمسين بعد المائة) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على ذلك ولا تعتبر قرارات اللجنة الصادرة في غير صالح الخزانة العامة نهائية، حتى يصدر بها حكم نهائي من ديوان المظالم، حيث نصت الفقرة

(العاشرة) من أعمال اللجنة في الفقرة (الرابعة) من المادة (الثانية) والخمسين بعد المائة) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على ذلك

يتم تبليغ طرفي الدعوى بالقرار الصادر من اللجنة. بموجب خطاب تبليغ رسمي، وإذا رفض صاحب الشأن استلام القرار يتم التسليم عن طريق الحاكم الإداري، ويعتبر القرار في هذه الحالة مستلماً من تاريخ إيداعه لدى الحاكم الإداري، حيث نصت الفقرة (الحادية عشرة) من أعمال اللجنة في الفقرة (الرابعة) من المادة (الثانية) والخمسين بعد المائة) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على ذلك

المبحث الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعويض الكامل والتعويض العادل استقر مبدأ التعويض الكامل للضرر واعتبر من المبادئ الحيوية التي استقر عليها القضاء وشرح القانون.

وإذا كان مبدأ التعويض الكامل قد وجد له تطبيقاً على نطاق واسع فيما سبق، فإنه أخذ ينحسر في الوقت الحاضر. لذا نجد أن بعض التنظيمات الحديثة قد أخذت تتجه إلى عدالة التعويض وليس بالضرورة أن يكون

كاملاً. وبمقتضاه لا ضرورة للتعاقد بين الضرر الذي لحق المضرور والتعويض الذي يحصل عليه

ثم إن فتح قاضي الموضوع سلطة تقديرية مطلقة وخاصة التي تتعلق بالتعويض. وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فذلك لا يعني بوجوب إبداء رأيه في كل مسألة أو ناحية من النواحي التي قد تتطلب دراسة أو خبرة فنية من قبل أشخاص مؤهلين لذلك، فيجب عليه الاستعانة بالأخصائيين في الأمور الفنية البحتة ولا يعتمد على مجرد ما يتمتع به من سلطة تقديرية المادة (الثامنة والسبعون) فقرة (ج) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. وقد أشارت المادة رقم (١٥٢/٤/٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات إلى ذلك

المطلب الثاني : القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض طلبات الخصوم طلبات الخصوم تعد قيداً يرد على سلطة القاضي في تقدير التعويض فيجب على القاضي أن يتقيد بما يقدم له في عريضة الدعوى ولا يجوز له أن يتجاوز ذلك وإلا كان حكمه عرضة للنقض

التحديد النظامي للتعويض: متى ما أورد المنظم تحديداً لمقدار التعويض وجب على القاضي مراعاة ذلك التحديد الذي يعد مسألة نظامية يخضع فيها القاضي للرقابة، كما في غرامة التأخير فإن المنظم حددها كما في المادة (الثامنة والأربعون) والمادة (التاسعة والأربعون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

حالة الخطأ المشترك مسؤولية المتعاقد لا تكون مقتصرة على الخطأ الذي يصدر عنه شخصياً بل يشمل الخطأ الذي يصدر من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه فيتحمل المسؤولية ولو مخففة، مع ملاحظة أنه في المسؤولية العقدية يجوز للمتعاقد أن يتفق مع الطرف الآخر على عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يصدر من أولئك الأشخاص الذين استعان بهم أو استخدمهم في تنفيذ التزامه.

المطلب الثالث : الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض الفرع الأول: وقت تقدير التعويض

الوقت الذي يجب مراعاته عند تقدير التعويض هو وقت صدور الحكم إلا أنه قد نرى في بعض الأحيان القاضي يجب أن يراعي وقتاً آخر هو ليس وقت إصدار الحكم فمثلاً كأن يتعمد المتضرر المماطلة لتأخير صدور الحكم لغرض الحصول على مبلغ أعلى مما كان سيحصل عليه، ففي هذه الحالة يعد المتضرر مخطئاً ويجب على القاضي أن يأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ولا يعتد بوقت صدور الحكم وإنما بالوقت الذي كان من الممكن أن يصدر فيه لولا مماطلة المتضرر.

الفرع الثاني: إعادة النظر في تقدير التعويض مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض تحتل أمرين:

أولهما: أن يطلب الطرف المتضرر الحكم له بتعويض تكميلي لحصول زيادة في مقداره.

ثانيهما: أن يطلب المسؤول تخفيض التعويض الذي حكم به عليه على اعتبار أن مقدار الضرر قد نقص.

من الطبيعي أن الحالة التي يطلب فيها المتضرر الحكم له بتعويض تكميلي نتيجة لزيادة الضرر لا تشكل مساساً بقوة الشيء المحكوم فيه فالأمر يتعلق بدعوى مستقلة.

أما بالنسبة للحالة التي ينقص فيها مقدار الضرر أو يخف فهي تشكل أساساً بقوة الشيء المحكوم فيه. لذا وأمام هذا الحاجز الذي يقف بوجه محدث الضرر تظهر أهمية انتباه القاضي وعدم مغالاته في تقدير التعويض عن الضرر الذي تخف حدته. وبذلك نكون قد تجنينا مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
 وصلى الله وسلم على نبينا محمد
 وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وختاماً:

نسأل الله العظيم أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع
المرجو منه ، كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين - من فريق إعداد
ومتابعة وطباعة وإشراف وتنسيق وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه -
خيراً وأن يرزقهم السعادة في الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين أينما
كانوا.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال

+966569770077

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com

